



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 1997 Vol. 3

1^{er} cahier, 1997 Vol. 3

Cited as. [1997] 3 S.C.R. 3-211

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 3-211

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1997.

CONTENTS

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.).....	3
Constitutional law — Judicial independence — Whether express provisions in Constitution exhaustive written code for protection of judicial independence — True source of judicial independence — Whether judicial independence extends to Provincial Court judges — Constitution Act, 1867, preamble, ss. 96 to 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).	
Constitutional law — Judicial independence — Components of institutional financial security — Constitution Act, 1867, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).	
Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction constitutional — Procedure to be followed to change or	

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1997.

SOMMAIRE

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (L.-P.-É).....	3
Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Les dispositions expresses de la Constitution codifient-elles de façon exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature? — Source véritable de l'indépendance de la magistrature — Les juges de cour provinciale jouissent-ils de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96 à 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).	
Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Éléments de la sécurité financière institutionnelle — Loi constitutionnelle de 1867, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).	
Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Institutional financial security — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Provincial legislation providing that Lieutenant Governor in Council “may” set judicial salaries — Whether legislation infringes judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Discretionary benefits — Provincial legislation conferring on Lieutenant Governor in Council discretion to grant leaves of absence due to illness and sabbatical leaves — Whether legislation infringes judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 12(2), 13.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Salary negotiations — Whether provincial government violated judicial independence of Provincial Court by attempting to engage in salary negotiations with Provincial Judges Association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Salary negotiations — Provincial legislation permitting negotiations “between a public sector employer and employees” — Whether negotiation provisions applicable to Provincial Court judges — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, c. 51, s. 12(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Closure of Provincial Court — Whether closure of Provincial Court by provincial government for several days infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction est-elle constitutionnelle? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière institutionnelle — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Loi provinciale prévoyant que le lieutenant-gouverneur en conseil «peut» fixer les salaires des juges — Cette loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Avantages discrétionnaires — Loi provinciale conférant au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d'accorder des congés de maladie et des congés sabbatiques — La loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 12(2), 13.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Négociations salariales — Le gouvernement provincial a-t-il violé l'indépendance de la Cour provinciale en tentant d'entamer des négociations salariales avec l'association des juges de cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Négociations salariales — Loi provinciale permettant les négociations «entre un employeur du secteur public et ses employés» — Les dispositions concernant les négociations s'appliquent-elles aux juges de la Cour provinciale? — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, ch. 51, art. 12(1).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

11(d) — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 4.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Provincial Court located in same building as certain departments which are part of executive — Provincial Court judges not administering their own budget — Designation of place of residence of Provincial Court judges — Attorney General opposing funding for judges to intervene in court case — Lieutenant Governor in Council having power to make regulations respecting duties and powers of Chief Judge and respecting rules of courts — Whether these matters undermine administrative independence of Provincial Court — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 4, 17.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Place of residence — Sittings of court — Provincial legislation authorizing Attorney General to designate judges' place of residence and court's sitting days — Whether legislation infringes upon administrative independence of Provincial Court — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 13(1)(a), (b).

Courts — Constitutionality of legislation — Notice to Attorney General — Constitutionality of provincial legislation not raised by counsel — Superior court judge proceeding on his own initiative without giving required notice to Attorney General — Whether superior court judge erred in considering constitutionality of legislation.

Criminal law — Appeals — Prohibition — Three accused challenging constitutionality of their trials before Provincial Court arguing that court not an independent and impartial tribunal — Accused seeking various remedies including prohibition in superior court — Superior court judge making declarations striking down numerous provisions found in provincial legislation and regulations — Superior court judge concluding that declarations removed source of unconstitutionality and ordering trials of accused to proceed or to continue — Court of Appeal dismissing Crown's appeals for want of jurisdiction — Whether s. 784(1) of Criminal Code limited to appeals by unsuccessful parties — Whether declarations prohibitory in nature and within scope of s. 784(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(1).

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Fermeture de la Cour provinciale — La fermeture de la Cour provinciale pendant plusieurs jours par le gouvernement provincial a-t-elle porté atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Cour provinciale située dans le même édifice que certains services faisant partie du pouvoir exécutif — Juges de la Cour provinciale n'administrant pas leur propre budget — Désignation du lieu de résidence des juges de la Cour provinciale — Refus du procureur général de financer l'intervention des juges à l'instance — Pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant les attributions du juge en chef et les règles de pratique — Ces questions ont-elles pour effet de diminuer l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 4, 17.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Lieu de résidence — Séances de la cour — Loi provinciale autorisant le procureur général à désigner le lieu de résidence des juges et à fixer les jours de séance de la cour — Cette loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Si oui, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Judges Court Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 13(1)(a), (b).

Tribunaux — Constitutionnalité des lois — Avis au procureur général — Constitutionnalité de la loi provinciale non soulevée par les avocats — Juge de la cour supérieure agissant de sa propre initiative sans donner l'avis requis au procureur général — Le juge de la cour supérieure a-t-il commis une erreur en examinant la constitutionnalité de la loi?

Droit criminel — Appels — Prohibition — Trois accusés contestent la constitutionnalité de leur procès devant la Cour provinciale en faisant valoir que la cour n'est pas un tribunal indépendant et impartial — Diverses réparations, dont une ordonnance de prohibition, sollicitées par les accusés en cour supérieure — Déclarations invalidant plusieurs textes législatifs et réglementaires provinciaux prononcées par le juge de la cour supérieure qui a conclu que les jugements déclaratoires avaient éliminé la source de l'inconstitutionnalité et ordonné l'engagement ou la poursuite des procès des accusés — Rejet par la Cour d'appel des appels du ministère public pour cause d'absence de compétence — L'article 784(1) du Code criminel se limite-t-il aux appels formés par les parties ayant perdu? — Les déclarations équivalaient-elles à des prohibitions et, de ce fait, étaient-elles visées par l'art. 784(1)? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(1).

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 3, 1997

3^e volume, 1997



IN THE MATTER of a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to Section 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. S-10, Regarding the Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and the Jurisdiction of the Legislature in Respect Thereof

and

IN THE MATTER of a Reference from the Lieutenant Governor in Council pursuant to Section 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. S-10, Regarding the Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island

Merlin McDonald, Omer Pineau and Robert Christie *Appellants*

v.

The Attorney General of Prince Edward Island *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

INDEXED AS: REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND; REFERENCE RE INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY OF

DANS L'AFFAIRE du renvoi présenté par le lieutenant-gouverneur en conseil, en vertu de l'article 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, relativement à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et à la compétence de l'Assemblée législative à cet égard

et

DANS L'AFFAIRE du renvoi présenté par le lieutenant-gouverneur en conseil, en vertu de l'article 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, relativement à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard

Merlin McDonald, Omer Pineau et Robert Christie *Appelants*

c.

Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du Barreau canadien et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD; RENVOI RELATIF À L'INDÉPENDANCE ET À

JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT OF PRINCE EDWARD ISLAND

File Nos.: 24508, 24778.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Shawn Carl Campbell *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ivica Ekmecic *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Percy Dwight Wickman *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association and the Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

L'IMPARTIALITÉ DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Nos du greffe: 24508, 24778.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Shawn Carl Campbell *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Ivica Ekmecic *Intimé*

et entre

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Percy Dwight Wickman *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du Barreau canadien et la Fédération des professions juridiques du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. CAMPBELL; R. v. EKMECIC; R. v. WICKMAN

RÉPERTORIÉ: R. c. CAMPBELL; R. c. EKMECIC; R. c. WICKMAN

File No.: 24831.

N° du greffe: 24831.

The Judges of the Provincial Court of Manitoba as represented by the Manitoba Provincial Judges Association, Judge Marvin Garfinkel, Judge Philip Ashdown, Judge Arnold Conner, Judge Linda Giesbrecht, Judge Ronald Myers, Judge Susan Devine and Judge Wesley Swail, and the Judges of the Provincial Court of Manitoba as represented by Judge Marvin Garfinkel, Judge Philip Ashdown, Judge Arnold Conner, Judge Linda Giesbrecht, Judge Ronald Myers, Judge Susan Devine and Judge Wesley Swail *Appellants*

Les juges de la Cour provinciale du Manitoba représentés par la Manitoba Provincial Judges Association, le juge Marvin Garfinkel, le juge Philip Ashdown, le juge Arnold Conner, le juge Linda Giesbrecht, le juge Ronald Myers, le juge Susan Devine et le juge Wesley Swail, et les juges de la Cour provinciale du Manitoba représentés par les juges Marvin Garfinkel, Philip Ashdown, Arnold Conner, Linda Giesbrecht, Ronald Myers, Susan Devine et Wesley Swail *Appellants*

v.

c.

Her Majesty The Queen in right of the province of Manitoba as represented by Rosemary Vodrey, the Minister of Justice and the Attorney General of Manitoba, and Darren Praznik, the Minister of Labour as the Minister responsible for *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act* *Respondent*

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Manitoba représentée par Rosemary Vodrey, ministre de la Justice et procureure générale du Manitoba, et Darren Praznik, ministre du Travail en qualité de ministre responsable de la *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public* *Intimée*

and

et

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Canadian Judges Conference, the Canadian Association of Provincial Court Judges, the Conférence des juges du Québec, the Saskatchewan Provincial Court Judges Association, the Alberta Provincial Judges' Association, the Canadian Bar Association

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, la Conférence canadienne des juges, l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, la Saskatchewan Provincial Court Judges Association, l'Alberta Provincial Judges' Association, l'Association du

**and the Federation of Law Societies of
Canada** *Interveners*

INDEXED AS: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. v.
MANITOBA (MINISTER OF JUSTICE)

File No.: 24846.

1996: December 3, 4; 1997: September 18.*

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND
SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Constitutional law — Judicial independence — Whether express provisions in Constitution exhaustive written code for protection of judicial independence — True source of judicial independence — Whether judicial independence extends to Provincial Court judges — Constitution Act, 1867, preamble, ss. 96 to 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

Constitutional law — Judicial independence — Components of institutional financial security — Constitution Act, 1867, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction constitutional — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

**Barreau canadien et la Fédération des
professions juridiques du
Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MANITOBA PROVINCIAL JUDGES ASSN. c.
MANITOBA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

N° du greffe: 24846.

1996: 3, 4 décembre; 1997: 18 septembre*.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-
PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Les dispositions expresses de la Constitution codifient-elles de façon exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature? — Source véritable de l'indépendance de la magistrature — Les juges de cour provinciale jouissent-ils de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96 à 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Éléments de la sécurité financière institutionnelle — Loi constitutionnelle de 1867, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction est-elle constitutionnelle? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

*Reasons for judgment on rehearing reported at [1998] 1 S.C.R. 3.

*Motifs de jugement relatifs à la nouvelle audition publiés à [1998] 1 R.C.S. 3.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Institutional financial security — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Provincial legislation providing that Lieutenant Governor in Council “may” set judicial salaries — Whether legislation infringes judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Discretionary benefits — Provincial legislation conferring on Lieutenant Governor in Council discretion to grant leaves of absence due to illness and sabbatical leaves — Whether legislation infringes judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 12(2), 13.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Salary negotiations — Whether provincial government violated judicial independence of Provincial Court by attempting to engage in salary negotiations with Provincial Judges Association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

Courts — Judicial independence — Provincial Courts — Salary negotiations — Provincial legislation permitting negotiations “between a public sector employer and employees” — Whether negotiation provisions

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière institutionnelle — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction porte-t-elle atteinte à l’indépendance de la magistrature? — Si oui, l’atteinte est-elle justifiable? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Loi provinciale prévoyant que le lieutenant-gouverneur en conseil «peut» fixer les salaires des juges — Cette loi porte-t-elle atteinte à l’indépendance de la magistrature? — Si oui, l’atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Avantages discrétionnaires — Loi provinciale conférant au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d’accorder des congés de maladie et des congés sabbatiques — La loi porte-t-elle atteinte à l’indépendance de la magistrature? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 12(2), 13.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Négociations salariales — Le gouvernement provincial a-t-il violé l’indépendance de la Cour provinciale en tentant d’entamer des négociations salariales avec l’association des juges de cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

Tribunaux — Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Négociations salariales — Loi provinciale permettant les négociations «entre un employeur du secteur public et ses employés» — Les

applicable to Provincial Court judges — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, c. 51, s. 12(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Closure of Provincial Court — Whether closure of Provincial Court by provincial government for several days infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 4.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Provincial Court located in same building as certain departments which are part of executive — Provincial Court judges not administering their own budget — Designation of place of residence of Provincial Court judges — Attorney General opposing funding for judges to intervene in court case — Lieutenant Governor in Council having power to make regulations respecting duties and powers of Chief Judge and respecting rules of courts — Whether these matters undermine administrative independence of Provincial Court — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 4, 17.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Place of residence — Sitings of court — Provincial legislation authorizing Attorney General to designate judges' place of residence and court's sitting days — Whether legislation infringes upon administrative independence of Provincial Court — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 13(1)(a), (b).

Courts — Constitutionality of legislation — Notice to Attorney General — Constitutionality of provincial legislation not raised by counsel — Superior court judge proceeding on his own initiative without giving required notice to Attorney General — Whether superior court judge erred in considering constitutionality of legislation.

Criminal law — Appeals — Prohibition — Three accused challenging constitutionality of their trials before Provincial Court arguing that court not an inde-

dispositions concernant les négociations s'appliquent-elles aux juges de la Cour provinciale? — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, ch. 51, art. 12(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Fermeture de la Cour provinciale — La fermeture de la Cour provinciale pendant plusieurs jours par le gouvernement provincial a-t-elle porté atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 4.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Cour provinciale située dans le même édifice que certains services faisant partie du pouvoir exécutif — Juges de la Cour provinciale n'administrant pas leur propre budget — Désignation du lieu de résidence des juges de la Cour provinciale — Refus du procureur général de financer l'intervention des juges à l'instance — Pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant les attributions du juge en chef et les règles de pratique — Ces questions ont-elles pour effet de diminuer l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 4, 17.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Lieu de résidence — Séances de la cour — Loi provinciale autorisant le procureur général à désigner le lieu de résidence des juges et à fixer les jours de séance de la cour — Cette loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Si oui, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Judges Court Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 13(1)(a), (b).

Tribunaux — Constitutionnalité des lois — Avis au procureur général — Constitutionnalité de la loi provinciale non soulevée par les avocats — Juge de la cour supérieure agissant de sa propre initiative sans donner l'avis requis au procureur général — Le juge de la cour supérieure a-t-il commis une erreur en examinant la constitutionnalité de la loi?

Droit criminel — Appels — Prohibition — Trois accusés contestent la constitutionnalité de leur procès devant la Cour provinciale en faisant valoir que la cour n'est

pendent and impartial tribunal — Accused seeking various remedies including prohibition in superior court — Superior court judge making declarations striking down numerous provisions found in provincial legislation and regulations — Superior court judge concluding that declarations removed source of unconstitutionality and ordering trials of accused to proceed or to continue — Court of Appeal dismissing Crown's appeals for want of jurisdiction — Whether s. 784(1) of Criminal Code limited to appeals by unsuccessful parties — Whether declarations prohibitory in nature and within scope of s. 784(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(1).

These four appeals raise a range of issues relating to the independence of provincial courts, but are united by a single issue: whether and how the guarantee of judicial independence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* restricts the manner by and the extent to which provincial governments and legislatures can reduce the salaries of provincial court judges. In these appeals, it is the content of the collective or institutional dimension of financial security for judges of Provincial Courts which is at issue.

In P.E.I., the province, as part of its budget deficit reduction plan, enacted the *Public Sector Pay Reduction Act* and reduced the salaries of Provincial Court judges and others paid from the public purse in the province. Following the pay reduction, numerous accused challenged the constitutionality of their proceedings in the Provincial Court, alleging that as a result of the salary reductions, the court had lost its status as an independent and impartial tribunal under s. 11(d) of the *Charter*. The Lieutenant Governor in Council referred to the Appeal Division of the Supreme Court two constitutional questions to determine whether the Provincial Court judges still enjoyed a sufficient degree of financial security for the purposes of s. 11(d). The Appeal Division found the Provincial Court judges to be independent, concluding that the legislature has the power to reduce their salary as part of an "overall public economic measure" designed to meet a legitimate government objective. Despite this decision, accused persons continued to raise challenges based on s. 11(d) to the constitutionality of the Provincial Court. The Lieutenant Governor in Council referred a series of questions to the Appeal Division concerning all three elements of the judicial indepen-

pas un tribunal indépendant et impartial — Diverses réparations, dont une ordonnance de prohibition, sollicitées par les accusés en cour supérieure — Déclarations invalidant plusieurs textes législatifs et réglementaires provinciaux prononcées par le juge de la cour supérieure qui a conclu que les jugements déclaratoires avaient éliminé la source de l'inconstitutionnalité et ordonné l'engagement ou la poursuite des procès des accusés — Rejet par la Cour d'appel des appels du ministère public pour cause d'absence de compétence — L'article 784(1) du Code criminel se limite-t-il aux appels formés par les parties ayant perdu? — Les déclarations équivalaient-elles à des prohibitions et, de ce fait, étaient-elles visées par l'art. 784(1)? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(1).

Les quatre pourvois soulèvent un certain nombre de questions touchant l'indépendance des cours provinciales, mais ils ont tous en commun un point particulier: la question de savoir si la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a pour effet de restreindre et les moyens par lesquels les gouvernements et les assemblées législatives des provinces peuvent réduire les traitements des juges des cours provinciales, et l'ampleur de ces réductions, et, si oui, de quelle manière agit cette disposition. Dans ces pourvois, c'est le contenu de la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière des juges des cours provinciales qui est en cause.

À l'Î.-P.-É., dans le cadre de son programme de réduction du déficit budgétaire, la province a édicté la *Public Sector Pay Reduction Act* et réduit les traitements des juges de la Cour provinciale et d'autres personnes payées sur les fonds publics. À la suite de cette réduction des traitements des juges, de nombreux accusés ont attaqué la constitutionnalité des procédures intentées contre eux en Cour provinciale, affirmant que, en raison de cette réduction, la cour avait perdu sa qualité de tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Le lieutenant-gouverneur en conseil a présenté un renvoi à la Section d'appel de la Cour suprême, lui demandant de répondre à deux questions constitutionnelles afin de déterminer si les juges de la Cour provinciale bénéficiaient encore d'un degré suffisant de sécurité financière au regard de l'al. 11d). La Section d'appel a estimé que les juges de la Cour provinciale étaient indépendants, concluant que l'assemblée législative a le pouvoir de réduire leur rémunération dans le cadre d'une «mesure globale d'économie des deniers publics» visant la réalisation d'un objectif légitime du gouvernement. Malgré cette décision, les accusés ont continué d'attaquer la constitutionnalité de la Cour pro-

dence of the Provincial Court: financial security, security of tenure, and administrative independence. The Appeal Division answered most of the questions to the effect that the Provincial Court was independent and impartial but held that Provincial Court judges lacked a sufficient degree of security of tenure to meet the standard set by s. 11(d) of the *Charter* because s. 10 of the *Provincial Court Act* (as it read at the time) made it possible for the executive to remove a judge without probable cause and without a prior inquiry.

In Alberta, three accused in separate and unrelated criminal proceedings in Provincial Court challenged the constitutionality of their trials. They each brought a motion before the Court of Queen's Bench, arguing that, as a result of the salary reduction of the Provincial Court judges pursuant to the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation* and s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, the Provincial Court was not an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d). The accused also challenged the constitutionality of the Attorney General's power to designate the court's sitting days and judges' place of residence. The accused requested various remedies, including prohibition and declaratory orders. The superior court judge found that the salary reduction of the Provincial Court judges was unconstitutional because it was not part of an overall economic measure — an exception he narrowly defined. He did not find s. 17 of the *Provincial Court Judges Act*, however, to be unconstitutional. On his own initiative, the superior court judge considered the constitutionality of the process for disciplining Provincial Court judges and the grounds for their removal and concluded that ss. 11(1)(b), 11(1)(c) and 11(2) of the *Provincial Court Judges Act* violated s. 11(d) because they failed to adequately protect security of tenure. The superior court judge also found that ss. 13(1)(a) and 13(1)(b) of that Act, which permit the Attorney General to designate the judges' place of residence and the court's sitting days, violated s. 11(d). In the end, the superior court judge declared the provincial legislation and regulations which were the source of the s. 11(d) violations to be of no force or effect, thus rendering the Provincial Court independent. As a result, although the Crown lost on the constitutional issue, it was successful in its efforts to commence or continue the trials of the accused. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeals, holding that it did not have jurisdiction under s. 784(1) of the *Criminal Code* to hear them because the

vinciale en s'appuyant sur l'al. 11d). Le lieutenant-gouverneur en conseil a renvoyé une série de questions à la Section d'appel concernant les trois éléments de l'indépendance des juges de la Cour provinciale: sécurité financière, inamovibilité et indépendance administrative. La Section d'appel a répondu à la plupart des questions en concluant à l'indépendance et à l'impartialité de la Cour provinciale, mais elle a décidé que les juges de la Cour provinciale ne jouissaient pas d'une inamovibilité suffisante pour respecter la norme établie par l'al. 11d) de la *Charte* parce que l'art. 10 de la *Provincial Court Act* (dans sa version en vigueur à l'époque du renvoi) permettait à l'exécutif de révoquer un juge sans motif valable et sans enquête préalable.

En Alberta, trois accusés, dans des procès criminels distincts engagés en Cour provinciale, ont contesté la constitutionnalité de leur procès. Chacun d'eux a présenté à la Cour du Banc de la Reine une requête faisant valoir que, en raison de la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale découlant du *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, et du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, la Cour provinciale n'était pas un tribunal indépendant et impartial aux sens de l'al. 11d). Les accusés ont également contesté la constitutionnalité du pouvoir du procureur général de fixer les jours de séance de la cour et le lieu de résidence des juges. Les accusés ont demandé diverses réparations, dont une ordonnance de prohibition et des jugements déclaratoires. Le juge de la cour supérieure a conclu que la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale était inconstitutionnelle parce qu'elle ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une mesure économique générale — exception qu'il a exprimée en termes très restrictifs. Il a toutefois estimé que le par. 17 de la *Provincial Court Judges Act* n'était pas inconstitutionnel. De son propre chef, le juge de la cour supérieure a examiné la constitutionnalité du mécanisme de discipline applicable aux juges de la Cour provinciale et les motifs pour lesquels ces derniers peuvent être révoqués, et a conclu que les al. 11(1)(b) et c) et le par. 11(2) de la *Provincial Court Judges Act* violaient l'al. 11d), parce que ces dispositions ne protégeaient pas adéquatement l'inamovibilité. Le juge de la cour supérieure a également conclu que les al. 13(1)(a) et b) de cette loi, qui permettent au procureur général de désigner le lieu de résidence des juges de la Cour provinciale et de fixer les jours de séance de celle-ci violaient l'al. 11d). En définitive, le juge de la cour supérieure a déclaré que les textes législatifs et réglementaires provinciaux à la source de la violation de l'al. 11d) étaient inopérants, ce qui rendait la Cour provinciale indépendante. En conséquence, même si le ministère public a

Crown was “successful” at trial and therefore could not rely on s. 784(1), and because declaratory relief is non-prohibitory and is therefore beyond the ambit of s. 784(1).

In Manitoba, the enactment of *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act* (“Bill 22”), as part of a plan to reduce the province’s deficit, led to the reduction of the salary of Provincial Court judges and of a large number of public sector employees. The Provincial Court judges through their Association launched a constitutional challenge to the salary cut, alleging that it infringed their judicial independence as protected by s. 11(d) of the *Charter*. They also argued that the salary reduction was unconstitutional because it effectively suspended the operation of the Judicial Compensation Committee (“JCC”), a body created by *The Provincial Court Act* whose task it is to issue reports on judges’ salaries to the legislature. Furthermore, they alleged that the government had interfered with judicial independence by ordering the withdrawal of court staff and personnel on unpaid days of leave, which in effect shut down the Provincial Court on those days. Finally, they claimed that the government had exerted improper pressure on the Association in the course of salary discussions to desist from launching this constitutional challenge, which also allegedly infringed their judicial independence. The trial judge held that the salary reduction was unconstitutional because it was not part of an overall economic measure which affects all citizens. The reduction was part of a plan to reduce the provincial deficit solely through a reduction in government expenditures. He found, however, that a temporary reduction in judicial salaries is permitted under s. 11(d) in case of economic emergency and since this was such a case, he read down Bill 22 so that it only provided for a temporary suspension in compensation, with retroactive payment due after the Bill expired. The Court of Appeal rejected all the constitutional challenges.

perdu sur la question constitutionnelle, il a eu gain de cause pour ce qui est d’engager et de poursuivre des procès contre les accusés. La Cour d’appel a rejeté les appels du ministère public, concluant qu’elle n’était pas compétente pour les entendre en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*, étant donné que le ministère public avait «eu gain de cause» au procès et ne pouvait donc pas invoquer le par. 784(1), et qu’un jugement déclaratoire ne participe pas d’une prohibition et n’est donc pas visé par le par. 784(1).

Au Manitoba, l’édiction de la *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public* («loi 22»), dans le cadre du programme de réduction du déficit de la province, a entraîné la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale et des salaires d’un grand nombre d’employés du secteur public. Par l’entremise de leur association, les juges de la Cour provinciale ont attaqué la constitutionnalité de la réduction des traitements, affirmant qu’elle portait atteinte à l’indépendance de la magistrature garantie par l’al. 11d) de la *Charte*. Ils ont également plaidé que la réduction était inconstitutionnelle parce qu’elle avait eu pour effet de suspendre les activités du Comité chargé de la rémunération des juges («CRJ») créé par la *Loi sur la Cour provinciale*, qui a pour tâche de présenter à l’assemblée législative des rapports sur les traitements des juges. De plus, ils ont prétendu que le gouvernement avait porté atteinte à l’indépendance de la magistrature en ordonnant le retrait du personnel du tribunal durant les jours de congés sans solde, ce qui avait concrètement eu pour effet d’entraîner la fermeture de la Cour provinciale ces jours-là. Finalement, ils ont soutenu que le gouvernement avait exercé des pressions indues sur l’Association au cours des discussions sur les traitements afin qu’elle renonce à lancer sa contestation constitutionnelle, situation qui aurait également porté atteinte à leur indépendance. Le juge de première instance a conclu que la réduction des traitements était inconstitutionnelle parce qu’elle ne s’inscrivait pas dans le cadre d’une mesure économique générale touchant tous les citoyens. La réduction faisait partie d’un programme visant à réduire le déficit provincial seulement par la réduction des dépenses gouvernementales. Il a toutefois estimé qu’une réduction temporaire des traitements des juges était permise au regard de l’al. 11d) en cas de crises financières, et, puisque c’était le cas en l’espèce, il a donné une interprétation atténuée de la loi 22, de manière à permettre uniquement la suspension temporaire de la rémunération, avec paiement rétroactif à l’expiration de la période de validité de la loi. La Cour d’appel a rejeté toutes les contestations constitutionnelles.

Held (La Forest J. dissenting): The appeal from the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* should be allowed in part.

Held (La Forest J. dissenting on the appeal): The appeal and cross-appeal from the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* should be allowed in part.

Held: The appeal in the Alberta cases from the Court of Appeal's judgment on jurisdiction should be allowed.

Held (La Forest J. dissenting in part): The appeal in the Alberta cases on the constitutional issues should be allowed in part.

Held (La Forest J. dissenting in part): The appeal in the Manitoba case should be allowed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Sections 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*, which only protect the independence of judges of the superior, district and county courts, and s. 11(d) of the *Charter*, which protects the independence of a wide range of courts and tribunals, including provincial courts, but only when they exercise jurisdiction in relation to offences, are not an exhaustive and definitive written code for the protection of judicial independence in Canada. Judicial independence is an unwritten norm, recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867* — in particular its reference to "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" — which is the true source of our commitment to this foundational principle. The preamble identifies the organizing principles of the *Constitution Act, 1867* and invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text. The same approach applies to the protection of judicial independence. Judicial independence has now grown into a principle that extends to all courts, not just the superior courts of this country.

Since these appeals were argued on the basis of s. 11(d) of the *Charter*, they should be resolved by reference to that provision. The independence protected by s. 11(d) is the independence of the judiciary from the other branches of government, and bodies which can exercise pressure on the judiciary through power con-

Arrêt (le juge La Forest est dissident): Le pourvoi dans l'affaire du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* est accueilli en partie.

Arrêt (le juge La Forest est dissident quant au pourvoi): Le pourvoi et le pourvoi incident dans l'affaire du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* sont accueillis en partie.

Arrêt: Dans les affaires émanant de l'Alberta, le pourvoi contre le jugement de la Cour d'appel sur la question de la compétence est accueilli.

Arrêt (le juge La Forest est dissident en partie): Dans les affaires émanant de l'Alberta, le pourvoi relatif aux questions constitutionnelles est accueilli en partie.

Arrêt (le juge La Forest est dissident en partie): Dans l'affaire émanant du Manitoba, le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Les articles 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui ne protègent que l'indépendance des juges des cours supérieures, de district et de comté, et l'al. 11d) de la *Charte*, qui protègent l'indépendance d'un large éventail de tribunaux, dont les cours provinciales, mais seulement lorsqu'ils exercent une juridiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation, ne codifient pas de façon exhaustive et définitive la protection de l'indépendance de la magistrature au Canada. L'indépendance de la magistrature est une norme non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* — en particulier sa référence à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni» — qui est la source véritable de notre engagement envers ce principe fondamental. Le préambule énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel. La même approche s'applique à l'égard de la protection de l'indépendance de la magistrature. L'indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays.

Comme les présents pourvois ont tous été plaidés sur le fondement de l'al. 11d) de la *Charte*, il faut les trancher en se référant à cette disposition. L'indépendance protégée par l'al. 11d) est l'indépendance de la magistrature par rapport aux autres pouvoirs de l'État et aux organismes qui peuvent exercer des pressions sur les

ferred on them by the state. The three core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security, and administrative independence. Judicial independence has also two dimensions: the individual independence of a judge and the institutional or collective independence of the court of which that judge is a member. The institutional role demanded of the judiciary under our Constitution is a role which is now expected of provincial courts. Notwithstanding that they are statutory bodies, in light of their increased role in enforcing the provisions and in protecting the values of the Constitution, provincial courts must enjoy a certain level of institutional independence.

While s. 11(d) of the *Charter* does not, as a matter of principle, automatically provide the same level of protection to provincial courts as s. 100 and the other judiciary provisions of the *Constitution Act, 1867* do to superior court judges, the constitutional parameters of the power to change or freeze superior court judges' salaries under s. 100 are equally applicable to the guarantee of financial security provided by s. 11(d) to provincial court judges.

Financial security has both an individual and an institutional dimension. The institutional dimension of financial security has three components. First, as a general constitutional principle, the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class. However, to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference through economic manipulation, a body, such as a commission, must be interposed between the judiciary and the other branches of government. The constitutional function of this body would be to depoliticize the process of determining changes to or freezes in judicial remuneration. This objective would be achieved by setting that body the specific task of issuing a report on the salaries and benefits of judges to the executive and the legislature. Provinces are thus under a constitutional obligation to establish bodies which are independent, effective and objective. Any changes to or freezes in judicial remuneration made without prior recourse to the body are unconstitutional. Although the recommendations of the body are non-binding they should not be set aside lightly. If the executive or legislature chooses to depart from them, it has

juges en raison de l'autorité dont ils sont investis par l'État. Les trois caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. L'indépendance judiciaire comporte également deux dimensions: l'indépendance individuelle d'un juge et l'indépendance institutionnelle ou collective de la cour à laquelle le juge appartient. Le rôle institutionnel requis des tribunaux par notre Constitution est un rôle que nous nous attendons maintenant à voir jouer par les juges des cours provinciales. Quoique celles-ci soient établies par voie législative, leur rôle accru dans l'application des dispositions de la Constitution et la protection des valeurs consacrées par celle-ci fait en sorte qu'elles doivent jouir d'un degré particulier d'indépendance institutionnelle.

Même si, en principe, l'al. 11d) ne garantit pas automatiquement aux cours provinciales le même degré de protection que celui accordé aux juges des cours supérieures par l'art. 100 et les autres dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les paramètres constitutionnels du pouvoir de modifier ou de bloquer les traitements des juges en vertu de l'art. 100 sont également applicables à la garantie de sécurité financière prévue par l'al. 11d) en faveur des juges des cours provinciales.

La sécurité financière a à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle. La dimension institutionnelle de la sécurité financière comprend trois éléments. Premièrement, suivant un principe constitutionnel général, les traitements des juges des cours provinciales peuvent être réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics ou de certaines d'entre elles, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges en tant que catégorie. Cependant, pour éviter la possibilité d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière, ou la perception qu'une telle situation existe, un organisme, telle une commission, devrait être interposé entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. Cet organisme aurait pour rôle de dépolitiser le processus de détermination des mesures visant à modifier ou à bloquer la rémunération des juges. Cet objectif serait réalisé en confiant à cet organisme la tâche précise de présenter à l'exécutif et à la législature un rapport sur les traitements et autres avantages accordés aux juges. Les provinces ont l'obligation constitutionnelle d'établir des organismes indépendants, efficaces et objectifs. Les modifications ou blocages des traitements des juges décidés sans avoir eu recours au préalable à l'organisme indépendant sont inconstitutionnels. Bien que les recom-

to justify its decision according to a standard of simple rationality — if need be, in a court of law. Across-the-board measures which affect substantially every person who is paid from the public purse are *prima facie* rational, whereas a measure directed at judges alone may require a somewhat fuller explanation. Second, under no circumstances is it permissible for the judiciary — not only collectively through representative organizations, but also as individuals — to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature. Any such negotiations would be fundamentally at odds with judicial independence. That does not preclude chief justices or judges, or bodies representing judges, however, from expressing concerns or making representations to governments regarding judicial remuneration. Third, any reductions to judicial remuneration cannot take those salaries below a basic minimum level of remuneration which is required for the office of a judge. Public confidence in the independence of the judiciary would be undermined if judges were paid at such a low rate that they could be perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation. In order to guard against the possibility that government inaction could be used as a means of economic manipulation, by allowing judges' real salaries to fall because of inflation, and in order to protect against the possibility that judicial salaries will fall below the adequate minimum guaranteed by judicial independence, the body must convene if a fixed period of time has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors. The components of the institutional dimension of financial security need not be adhered to in cases of dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances.

Prince Edward Island

The salary reduction imposed by s. 3(3) of the *Provincial Court Act*, as amended by s. 10 of the *Public Sector Pay Reduction Act*, was unconstitutional since it was made by the legislature without recourse to an independent, objective and effective process for determining judicial remuneration. In fact, no such body exists in

mandations de l'organisme indépendant ne soient pas obligatoires, elles ne doivent pas être écartées à la légère. Si le pouvoir exécutif ou législatif décide de ne pas les suivre, il doit justifier sa décision suivant la norme de la simple rationalité — au besoin devant une cour de justice. Les mesures générales touchant la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics sont, à première vue, rationnelles, alors qu'une mesure visant uniquement les juges peut exiger une justification un peu plus détaillée. Deuxièmement, il n'est en aucune circonstance permis à la magistrature — non seulement collectivement par l'entremise d'organisations représentatives, mais également à titre individuel — d'entamer avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant leur rémunération. De telles négociations seraient fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature. Cela n'empêche pas les juges, les juges en chef ou les organisations représentant les juges de faire part au gouvernement concerné de leurs préoccupations concernant le caractère adéquat de la rémunération des juges, ni de présenter des observations à cet égard. Troisièmement, les réductions des traitements des juges ne doivent pas avoir pour effet d'abaisser ces traitements sous le minimum requis par la charge de juge. La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature serait sapée si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière. Afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière du fait qu'on laisserait les traitements réels des juges reculer à cause de l'inflation, et aussi pour parer à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature, l'organisme doit se réunir, si une période déterminée s'est écoulée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents. Les éléments de la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière n'ont pas à être suivis en cas de crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires.

Île-du-Prince-Édouard

La réduction des traitements décrétée par le par. 3(3) de la *Provincial Court Act*, modifié par l'art. 10 de la *Public Sector Pay Reduction Act*, était inconstitutionnelle, étant donné que l'assemblée législative l'a imposée sans recourir d'abord à un mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération

P.E.I. However, if in the future, after P.E.I. establishes a salary commission, that commission were to issue a report with recommendations which the legislature declined to follow, a salary reduction such as the impugned one would probably be *prima facie* rational, and hence justified, because it would be part of an overall economic measure which reduces the salaries of all persons who are remunerated by public funds. Since the province has made no submissions on the absence of an independent, effective and objective process to determine judicial salaries, the violation of s. 11(d) is not justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 12(1) of the *Public Sector Pay Reduction Act*, which permits negotiations "between a public sector employer and employees" to find alternatives to pay reductions, does not contravene the principle of judicial independence since the plain meaning of a public sector employee does not include members of the judiciary.

Sections 12(2) and 13 of the *Provincial Court Act*, which confer a discretion on the Lieutenant Governor in Council to grant leaves of absence due to illness and sabbatical leaves, do not affect the individual financial security of a judge. Discretionary benefits do not undermine judicial independence.

The question concerning the lack of security of tenure created by s. 10 of the *Provincial Court Act* has been rendered moot by the adoption in 1995 of a new s. 10 which meets the requirements of s. 11(d) of the *Charter*.

The location of the Provincial Court's offices in the same building as certain departments which are part of the executive, including the Crown Attorneys' offices, does not infringe the administrative independence of the Provincial Court because, despite the physical proximity, the court's offices are separate and apart from the other offices in the building. As well, the fact that the Provincial Court judges do not administer their own budget does not violate s. 11(d). This matter does not fall within the scope of administrative independence, because it does not bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. For the same reason, the Attorney General's decision both to decline to fund and to oppose an application to fund legal counsel for the Chief Judge and judges of the Provincial Court as

des juges. En fait, il n'existe pas d'organisme de la sorte à l'Î.-P.-É. Si, toutefois, dans l'avenir, après que l'Î.-P.-É. aura établi une commission de la rémunération, cet organisme présentait un rapport accompagné de recommandations que l'assemblée législative refusait de suivre, une réduction des traitements comme celle attaquée en l'espèce serait probablement rationnelle à première vue, et donc justifiée, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure économique générale réduisant les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. La province n'ayant pas présenté d'arguments concernant l'absence d'un processus indépendant, efficace et objectif de détermination des traitements des juges, la violation de l'al. 11d) n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 12(1) de la *Public Sector Pay Reduction Act*, qui permet les négociations «entre un employeur du secteur public et ses employés» en vue de trouver des solutions de rechange à la réduction des salaires et traitements, ne contrevient pas au principe de l'indépendance de la magistrature puisque, suivant son sens ordinaire, l'expression employés du secteur public n'inclut pas les juges.

Le paragraphe 12(2) et l'art. 13 de la *Provincial Court Act*, qui confèrent au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d'accorder des congés de maladie et des congés sabbatiques n'ont pas d'incidence sur la sécurité financière individuelle d'un juge. Les avantages discrétionnaires ne portent pas atteinte à l'indépendance de la magistrature.

Les questions relatives à l'inamovibilité insuffisante qu'accordait l'art. 10 de la *Provincial Court Act* sont devenues théoriques par suite de l'adoption, en 1995, d'un nouvel art. 10 conforme aux exigences de l'al. 11d) de la *Charte*.

Le fait que les locaux de la Cour provinciale se trouvent dans le même immeuble que certains services faisant partie de l'exécutif, notamment le bureau des substituts du procureur général, ne mine pas l'indépendance administrative de la Cour provinciale parce que, malgré cette proximité physique, les bureaux de la cour sont aménagés à l'écart des autres services occupant le même immeuble. De même, le fait que les juges de la Cour provinciale ne gèrent pas leur propre budget ne porte pas atteinte à l'al. 11d). Ces questions ne relèvent pas de l'indépendance administrative, puisqu'elles ne portent pas directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Pour la même raison, la décision du procureur général de refuser de financer les services d'un avocat représentant le juge en chef ou les juges de

interveners in a court case did not violate the administrative independence of the court. The designation of a place of residence of a particular Provincial Court judge, pursuant to s. 4 of the *Provincial Court Act*, does not undermine the administrative independence of the judiciary. Upon the appointment of a judge to the Provincial Court, it is necessary that he or she be assigned to a particular area. Furthermore, the stipulation that the residence of a sitting judge only be changed with that judge's consent is a sufficient protection against executive interference. Finally, s. 17 of the *Provincial Court Act*, which authorizes the Lieutenant Governor in Council to make regulations respecting the duties and powers of the Chief Judge (s. 17(b)) and respecting rules of court (s. 17(c)), must be read subject to s. 4(1) of that Act, which confers broad administrative powers on the Chief Judge, including the assignment of judges, sittings of the court and court lists, the allocation of courtrooms, and the direction of administrative staff carrying out these functions. Section 4(1) therefore vests with the Provincial Court, in the person of the Chief Judge, control over decisions which touch on its administrative independence. In light of the broad provisions of s. 4(1), s. 17 does not undermine the administrative independence of the court.

Alberta

The Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown's appeals under s. 784(1) of the *Criminal Code*. First, it is unclear that only unsuccessful parties can avail themselves of s. 784(1). In any event, even if this limitation applies, the Court of Appeal had jurisdiction. Although the Crown may have been successful in its efforts to commence and continue the trials against the accused, it lost on the underlying findings of unconstitutionality. Second, this is a case where the declaratory relief was essentially prohibitory in nature, and so came within the scope of s. 784(1), because the trial judgment granted relief sought in proceedings by way of prohibition. This Court can thus exercise the Court of Appeal's jurisdiction and consider the present appeal.

The salary reduction imposed by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation* for judges of the Provincial Court is unconstitutional because there is no independent, effective and objective commission in

la Cour provinciale en tant qu'intervenants dans un litige, ainsi que sa décision de s'opposer à la demande présentée à cet effet, ne violent pas l'indépendance administrative de la cour. La désignation d'un lieu de résidence à l'égard de tel ou tel juge de la Cour provinciale, en vertu de l'art. 4 de la *Provincial Court Act*, ne mine pas l'indépendance administrative de la magistrature. Quand un juge est nommé à la Cour provinciale, il est nécessaire de l'affecter à un ressort donné. De plus, la disposition selon laquelle le lieu de résidence d'un juge ne peut être fixé à un autre endroit qu'avec le consentement de ce dernier est une protection suffisante contre l'ingérence de l'exécutif. Enfin, l'art. 17 de la *Provincial Court Act*, qui autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant les attributions du juge en chef (al. 17b)) et les règles de pratique régissant le fonctionnement de la cour (al. 17c)), doit être lu en corrélation avec le par. 4(1) de cette loi, qui accorde de larges pouvoirs administratifs au juge en chef, notamment l'assignation des causes aux juges, la désignation des jours de séance de la cour, l'établissement du rôle, l'attribution des salles d'audience et la direction du personnel administratif affecté à ces tâches. Le paragraphe 4(1) confère donc à la Cour provinciale, dans la personne de son juge en chef, le pouvoir de prendre les décisions concernant son indépendance administrative. Vu les dispositions générales du par. 4(1), l'art. 17 ne mine pas l'indépendance administrative de la cour.

Alberta

La Cour d'appel avait compétence pour entendre les appels du ministère public en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. Premièrement, il n'est pas évident que seules les parties qui n'ont pas eu gain de cause peuvent se prévaloir du par. 784(1). En tout état de cause, même si cette limitation s'applique, la Cour d'appel avait compétence. Quoique Sa Majesté ait pu avoir gain de cause pour ce qui est d'engager et de poursuivre des procès contre les accusés, elle a perdu sur la question sous-jacente de l'inconstitutionnalité. Deuxièmement, les jugements déclaratoires prononcés en l'espèce étaient essentiellement de la nature d'une prohibition et étaient donc visés par le par. 784(1), étant donné que le jugement rendu au procès avait accordé la réparation sollicitée dans les procédures sous forme de prohibition. Notre Cour peut donc exercer la compétence dont était investie la Cour d'appel et examiner le présent pourvoi.

La réduction des traitements des juges de la Cour provinciale décrétée par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation* est inconstitutionnelle en raison de l'absence, en Alberta, d'une commission indépen-

Alberta which recommends changes to judges' salaries. However, if in the future, after Alberta establishes a salary commission, that commission were to issue a report with recommendations which the provincial legislature declined to follow, a salary reduction such as the impugned one would probably be *prima facie* rational because it would be part of an overall economic measure which reduces the salaries of all persons who are remunerated by public funds.

Section 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, which provides that the Lieutenant Governor in Council "may" set judicial salaries, violates s. 11(d) of the *Charter*. Section 17(1) does not comply with the requirements for individual financial security because it fails to lay down in mandatory terms that Provincial Court judges shall be provided with salaries.

Section 13(1)(a) of the *Provincial Court Judges Act*, which confers the power to "designate the place at which a judge shall have his residence", and s. 13(1)(b), which confers the power to "designate the day or days on which the Court shall hold sittings", are unconstitutional because both provisions confer powers on the Attorney General to make decisions which infringe upon the administrative independence of the Provincial Court. Section 13(1)(a)'s constitutional defect lies in the fact that it is not limited to the initial appointment of judges. Section 13(1)(b) violates s. 11(d) because the administrative independence of the judiciary encompasses, *inter alia*, "sittings of the court".

The province having made no submissions on s. 1 of the *Charter*, the violations of s. 11(d) are not justified. The *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation* is therefore of no force or effect. However, given the institutional burdens that must be met by Alberta, this declaration of invalidity is suspended for a period of one year.* Sections 13(1)(a) and (b) and 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* are also declared to be of no force or effect.

Since the accused did not raise the constitutionality of s. 11(1)(b), (c) and (2) of the *Provincial Court Judges Act*, it was not appropriate for the superior court judge to proceed on his own initiative, without the benefit of submissions and without giving the required notice to the Attorney General of the province, to consider their constitutionality, let alone make declarations of invalidity.

*See [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 15.

dante, efficace et objective chargée de recommander des modifications aux traitements des juges. Si, toutefois, dans l'avenir, après que l'Alberta aura établi une commission de la rémunération, cet organisme présentait un rapport accompagné de recommandations que l'assemblée législative refusait de suivre, une réduction des traitements comme celle attaquée en l'espèce serait probablement rationnelle à première vue, et donc justifiée, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure économique générale réduisant les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics.

Le paragraphe 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, qui indique que le lieutenant-gouverneur en conseil «peut» fixer les traitements des juges, viole l'al. 11d) de la *Charte*. Le paragraphe 17(1) n'est pas conforme aux exigences en matière de sécurité financière individuelle parce qu'il omet de préciser qu'il est obligatoire de verser des traitements aux juges de la Cour provinciale.

L'alinéa 13(1)a) de la *Provincial Court Judges Act*, qui accorde le pouvoir de «désigner l'endroit où doivent résider les juges», et l'al. 13(1)b), qui confère le pouvoir de «désigner les jours de séance de la cour» sont inconstitutionnels puisque ces deux dispositions confèrent au procureur général le pouvoir de prendre des décisions qui portent atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale. La lacune de l'al. 13(1)a) sur le plan constitutionnel réside dans le fait qu'il ne s'applique pas uniquement à la nomination initiale des juges. L'alinéa 13(1)b) viole l'al. 11d) parce que la notion d'indépendance administrative de la magistrature s'entend notamment du pouvoir de fixer les jours de «séance de la cour».

Étant donné que la province n'a pas présenté d'argumentation fondée sur l'article premier de la *Charte*, les violations de l'al. 11d) ne sont pas justifiées. Le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation* est par conséquent inopérant. Toutefois, compte tenu du fardeau institutionnel auquel doit faire face l'Alberta, cette déclaration d'invalidité est suspendue pour un an*. Les alinéas 13(1)a) et b) et le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act* sont également déclarés inopérants.

Comme les accusés n'avaient pas soulevé la constitutionnalité des al. 11(1)b) et c) et du par. (2) de la *Provincial Court Judges Act*, il ne convenait pas que le juge de la cour supérieure décide, de sa propre initiative, sans qu'aucun argument ne lui ait été présenté et sans avoir donné l'avis requis au procureur général de la province, d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions, encore moins qu'il les déclare inopérantes.

*Voir [1998] 1 R.C.S. 3, au par. 15.

Manitoba

The salary reduction imposed by s. 9(1) of Bill 22 violated s. 11(d) of the *Charter*, because the government failed to respect the independent, effective and objective process — the JCC — for setting judicial remuneration which was already operating in Manitoba. Moreover, at least for the 1994-95 financial year, s. 9(1)(b) effectively precluded the future involvement of the JCC. Although Manitoba may have faced serious economic difficulties in the time period preceding the enactment of Bill 22, the evidence does not establish that it faced sufficiently dire and exceptional circumstances to warrant the suspension of the involvement of the JCC. Since Manitoba has offered no justification for the circumvention of the JCC before imposing the salary reduction on Provincial Court judges, the effective suspension of the operation of the JCC is not justified under s. 1 of the *Charter*. The phrase “as a judge of The Provincial Court or” should be severed from s. 9(1) of Bill 22 and the salary reduction imposed on the Provincial Court judges declared to be of no force or effect. Even though Bill 22 is no longer in force, that does not affect the fully retroactive nature of this declaration of invalidity. *Mandamus* should be issued directing the Manitoba government to perform its statutory duty, pursuant to s. 11.1(6) of *The Provincial Court Act*, to implement the report of the standing committee of the provincial legislature, which had been approved by the legislature. If the government persists in its decision to reduce the salaries of Provincial Court judges, it must remand the matter to the JCC. Only after the JCC has issued a report, and the statutory requirements laid down in s. 11.1 of *The Provincial Court Act* have been complied with, is it constitutionally permissible for the legislature to reduce the salaries of the Provincial Court judges.

The Manitoba government also violated the judicial independence of the Provincial Court by attempting to engage in salary negotiations with the Provincial Judges Association. The purpose of these negotiations was to set salaries without recourse to the JCC. Moreover, when the judges would not grant the government an assurance that they would not launch a constitutional challenge to Bill 22, the government threatened to abandon a joint recommendation. The surrounding circumstances indicate that the Association was not a willing participant and was effectively coerced into these negotiations. No matter how one-sided, however, it was improper for government and the judiciary to engage in

Manitoba

La réduction des traitements imposée par le par. 9(1) de la loi 22 a violé l'al. 11d) de la *Charte*, parce que le gouvernement n'a pas respecté le processus indépendant, efficace et objectif — le CRJ — de détermination de la rémunération des juges déjà appliqué au Manitoba. De plus, du moins pour l'exercice 1994-1995, l'al. 9(1)(b) empêchait effectivement la participation future du CRJ. Même si le Manitoba a pu connaître de graves difficultés financières durant la période qui a précédé l'édiction de la loi 22, la preuve n'établit pas que cette province était aux prises avec une situation suffisamment grave et exceptionnelle pour justifier la suspension de la participation du CRJ. Comme le Manitoba n'a fait valoir aucune justification pour expliquer le fait qu'on ait contourné le CRJ avant d'imposer la réduction des traitements des membres de la Cour provinciale, la suspension concrète du fonctionnement du CRJ n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il convient de supprimer les mots «à titre de juges de la Cour provinciale ou» qui figurent au par. 9(1) de la loi 22 et de déclarer inopérante la réduction des traitements imposée aux juges de la Cour provinciale. Bien que cette loi ne soit plus en vigueur, ce fait n'a aucune incidence sur la nature pleinement rétroactive de la présente déclaration d'invalidité. Il convient de décerner un bref de *mandamus* intimant au gouvernement du Manitoba de respecter l'obligation légale qu'il a, aux termes du par. 11.1(6) de la *Loi sur la Cour provinciale*, de mettre en œuvre le rapport du comité permanent de la législature provinciale, qui a été approuvé par la législature. Si le gouvernement persiste à vouloir réduire les traitements des juges de la Cour provinciale, il doit renvoyer la question au CRJ. Ce n'est qu'après que le CRJ aura présenté un rapport et que les exigences prévues par l'art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale* auront été remplies qu'il sera constitutionnellement permis à l'assemblée législative de réduire les traitements des juges de la Cour provinciale.

Le gouvernement du Manitoba a également violé l'indépendance de la Cour provinciale en tentant d'entamer des négociations salariales avec l'association des juges de la Cour provinciale. Ces négociations avaient expressément pour objet de fixer les traitements sans recourir au CRJ. De plus, comme les juges ne lui donnaient pas l'assurance qu'ils ne contesteraient pas la constitutionnalité de la loi 22, le gouvernement a menacé d'abandonner la recommandation conjointe. Il ressort des circonstances que l'Association n'a pas participé volontairement aux négociations et qu'elle a effectivement été contrainte de négocier. Indépendamment du caractère inégal des négociations, toutefois, il ne conve-

salary negotiations. The expectations of give and take, and of threat and counter-threat, are fundamentally at odds with judicial independence. It raises the prospect that the courts will be perceived as having altered the manner in which they adjudicate cases, and the extent to which they will protect and enforce the Constitution, as part of the process of securing the level of remuneration they consider appropriate. The attempted negotiations between the government and the judiciary were not authorized by a legal rule and thus are incapable of being justified under s. 1 of the *Charter* because they are not prescribed by law.

Finally, the Manitoba government infringed the administrative independence of the Provincial Court by closing it on a number of days. It was the executive, in ordering the withdrawal of court staff, pursuant to s. 4 of Bill 22, several days before the Chief Judge announced the closing of the Provincial Court, that shut down the court. Section 4 is therefore unconstitutional. Even if the trial judge had been right to conclude that the Chief Judge retained control over the decision to close the Provincial Court throughout, there would nevertheless have been a violation of s. 11(d), because the Chief Judge would have exceeded her constitutional authority when she made that decision. Control over the sittings of the court falls within the administrative independence of the judiciary. Administrative independence is a characteristic of judicial independence which generally has a collective or institutional dimension. Although certain decisions may be exercised on behalf of the judiciary by the Chief Judge, important decisions regarding administrative independence cannot be made by the Chief Judge alone. The decision to close the Provincial Court was precisely this kind of decision. Manitoba has attempted to justify the closure of the Provincial Court solely on the basis of financial considerations, and for that reason, the closure of the court cannot be justified under s. 1. Although reading down s. 4 of Bill 22 to the extent strictly necessary would be the normal solution in a case like this, this is difficult in relation to violations of s. 11(d) because, unlike other *Charter* provisions, s. 11(d) requires that judicial independence be secured by "objective conditions or guarantees". To read down s. 4 to its proper scope would in effect amount to reading in those objective conditions and guarantees. This would result in a fundamental rewriting of the legislation. If the Court, however, were to strike down s. 4 in its entirety, the effect would be to prevent its application to all those employees of the Government of Manitoba

nait pas que le gouvernement et le pouvoir judiciaire engagent des négociations sur les traitements. Les concessions mutuelles, les menaces et les contre-menaces qui caractérisent de telles négociations sont fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature. Elles évoquent la possibilité que les tribunaux soient perçus comme ayant modifié la façon dont ils tranchent les litiges, ainsi que la mesure dans laquelle ils protègent la Constitution et la font respecter, au terme d'un processus visant à leur permettre d'obtenir le niveau de rémunération qu'ils estiment approprié. La tentative de négociation n'était pas autorisée par une règle de droit et, partant, les négociations ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte* car elles ne sont pas prescrites par une règle de droit.

Enfin, le gouvernement du Manitoba a porté atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale en fermant cette cour pendant un certain nombre de jours. C'est l'exécutif qui a fermé la cour en ordonnant le retrait du personnel de la cour, conformément à l'art. 4 de la loi 22, plusieurs jours avant que le juge en chef n'annonce la fermeture de la Cour provinciale. L'article 4 est par conséquent inconstitutionnel. Même si le juge de première instance avait eu raison de conclure que le juge en chef n'avait jamais cessé d'avoir le pouvoir de décider de fermer la Cour provinciale, il y aurait quand même eu violation de l'al. 11d), car le juge en chef aurait outrepassé le pouvoir que lui accorde la Constitution en prenant cette décision. Le pouvoir relatif aux séances de la cour relève de l'indépendance administrative de la magistrature. L'indépendance administrative est une caractéristique de l'indépendance de la magistrature qui a généralement une dimension collective ou institutionnelle. Bien que certaines décisions puissent être prises pour le compte des autres juges par le juge en chef, ce dernier ne peut pas prendre seul les décisions administratives importantes qui ont une incidence sur l'indépendance administrative. La décision de fermer la Cour provinciale était précisément une décision de ce genre. Le Manitoba a tenté de justifier la fermeture de la Cour provinciale en invoquant seulement des considérations financières, et, pour cette raison, la fermeture de la cour ne peut pas être justifiée en vertu de l'article premier. Quoique le fait de donner à l'art. 4 de la loi 22 une interprétation atténuée — mais uniquement dans la mesure strictement nécessaire — serait la solution normale dans une affaire comme la présente, elle est très difficile à appliquer dans le cas des violations de l'al. 11d) car, contrairement aux autres dispositions de la *Charte*, cet alinéa exige que l'indépendance de la magistrature soit assurée par des «conditions ou garanties objectives». Concrètement, le fait d'interpréter de façon

who were required to take leave without pay. The best solution in the circumstances is to read s. 4(1) as exempting provincial court staff from it. This is the remedy that best upholds the *Charter* values involved and will occasion the lesser intrusion on the role of the legislature.

Per La Forest J. (dissenting in part): There is agreement with substantial portions of the majority's reasons but not with the conclusions that s. 11(d) of the *Charter* prohibits salary discussions between governments and judges, and forbids governments from changing judges' salaries without first having recourse to "judicial compensation commissions". There is also disagreement with the assertion concerning the protection that provincially appointed judges, exercising functions other than criminal jurisdiction, are afforded by virtue of the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Only minimal reference was made to this issue by counsel and, in such circumstances, the Court should avoid making far-reaching conclusions that are not necessary to the case before it. Nevertheless, in light of the importance that will be attached to the majority's views, the following comments are made. At the time of Confederation, there were no enforceable limits on the power of the British Parliament to interfere with the judiciary. By expressing, by way of preamble, a desire to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom", the framers of the *Constitution Act, 1867* did not give courts the power to strike down legislation violating the principle of judicial independence. The framers did, however, by virtue of ss. 99-100 of the *Constitution Act, 1867*, entrench the fundamental components of judicial independence set out in the *Act of Settlement* of 1701. Because only superior courts fell within the ambit of the *Act of Settlement* and under "constitutional" protection in the British sense, the protection sought to be created for inferior courts in the present appeals is in no way similar to anything found in the United Kingdom. Implying protection for judicial independence from the preambular commitment to a British-style constitution, therefore, entirely misapprehends the fundamental nature of that constitution. To the extent that courts in Canada have the power to enforce the principle of judicial independence, this power derives from the structure

atténuée l'art. 4 pour lui donner son champ d'application approprié reviendrait à considérer qu'il comporte ces conditions et garanties objectives, ce qui résulterait en une réécriture fondamentale du texte en question. En revanche, si la Cour invalidait l'art. 4 en entier, cela aurait pour effet d'empêcher l'application de celui-ci à tous les employés du gouvernement du Manitoba qui étaient tenus de prendre des jours de congé sans solde. Dans les circonstances, la meilleure solution est de donner au par. 4(1) une interprétation atténuée de manière à en exempter le personnel de la cour provinciale. Il s'agit de la réparation qui permet le mieux de respecter les valeurs en cause de la *Charte* et qui entraîne la moins grande intrusion dans le rôle de la législature.

Le juge La Forest (dissident en partie): Il y a accord substantiel avec les motifs de la majorité, mais non avec la conclusion selon laquelle l'al. 11d) de la *Charte* interdit les discussions salariales entre les gouvernements et les juges et interdit aux gouvernements de modifier la rémunération des juges sans d'abord recourir aux «commissions de la rémunération des juges». Il y a également désaccord avec l'affirmation concernant la protection accordée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux juges qui sont nommés par les provinces et qui n'exercent pas une juridiction pénale. Comme les avocats ont à peine fait référence à cette question, la Cour devrait, dans de telles circonstances, éviter de tirer des conclusions d'une grande portée et qui ne sont pas nécessaires pour décider l'affaire dont elle est saisie. Néanmoins, vu l'importance qui sera inévitablement accordée aux vues de la majorité, les commentaires suivants s'imposent. Au moment de la Confédération, il n'existait pas de limites applicables au pouvoir du Parlement britannique de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire. En exprimant, dans un préambule, le désir d'avoir «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ont pas donné aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi portant atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature. Cependant, au moyen des art. 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils ont effectivement constitutionnalisés les éléments fondamentaux de l'indépendance judiciaire énoncés dans l'*Act of Settlement* de 1701. Étant donné que seules les cours supérieures relevaient du champ d'application de l'*Act of Settlement* et étaient visées par la protection «constitutionnelle», au sens britannique de ce terme, la protection qu'on cherche à créer en faveur des tribunaux inférieurs dans les présents pourvois ne s'apparente d'aucune façon à quoi que ce soit au Royaume-Uni. Par conséquent, inférer la protection de l'indépendance de la magistrature du désir exprimé dans

of Canadian, and not British, constitutionalism. Our Constitution expressly contemplates both the power of judicial review (in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*) and guarantees of judicial independence (in ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter*). Given that the express provisions dealing with constitutional protection for judicial independence have specifically spelled out their application, it seems strained to extend the ambit of this protection by reference to a general preambular statement. It is emphasized that these express protections for judicial independence are broad and powerful. They apply to all superior court and other judges specified in s. 96 of the *Constitution Act, 1867* as well as to inferior (provincial) courts exercising criminal jurisdiction. Nothing presented in these appeals suggests that these guarantees are not sufficient to ensure the independence of the judiciary as a whole. Should the foregoing provisions be found wanting, the *Charter* may conceivably be brought into play.

While salary commissions and a concomitant policy to avoid discussing remuneration other than through the making of representations to commissions may be desirable as matters of legislative policy, they are not mandated by s. 11(d). To read these requirements into that section represents both an unjustified departure from established precedents and a partial usurpation of the provinces' power to set the salaries of inferior court judges pursuant to ss. 92(4) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The guarantee of judicial independence inhering in s. 11(d) redounds to the benefit of the judged, not the judges. Section 11(d) therefore does not grant judges a level of independence to which they feel they are entitled. Rather, it guarantees only that degree of independence necessary to ensure that tribunals exercising criminal jurisdiction act, and are perceived to act, in an impartial manner. Judicial independence must include protection against interference with the financial security of the court as an institution. However, the possibility of economic manipulation arising from changes to judges' salaries as a class does not justify the imposition of judicial compensation commissions as a constitutional imperative. By employing the reasonable percep-

le préambule de se doter d'une constitution d'inspiration britannique c'est se méprendre complètement sur la nature fondamentale de cette constitution. Dans la mesure où les tribunaux canadiens ont le pouvoir de faire respecter le principe de l'indépendance de la magistrature, ce pouvoir découle de la structure du constitutionnalisme canadien, et non du constitutionnalisme britannique. Notre Constitution prévoit expressément et le pouvoir de contrôle judiciaire (à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et des garanties d'indépendance de la magistrature (aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'al. 11d) de la *Charte*). Compte tenu du fait que les dispositions expresses traitant de la protection constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature spécifient leur champ d'application, il semble exagéré d'étendre la portée de cette protection en se référant à une déclaration générale faite dans un préambule. On souligne que les mesures expresses de protection de l'indépendance de la magistrature sont étendues et puissantes. Elles s'appliquent à tous les juges des cours supérieures et des autres tribunaux précisés à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi qu'à ceux des cours inférieures (provinciales) exerçant une juridiction pénale. Rien de ce qui a été présenté dans les présents pourvois n'indique que ces mesures sont insuffisantes pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire dans son ensemble. Si les dispositions susmentionnées se révélaient insuffisantes, il est concevable que la *Charte* puisse entrer en jeu.

Bien que l'établissement de commissions de la rémunération et d'une politique concomitante interdisant de discuter de rémunération autrement que par la présentation d'observations à ces commissions puissent être des mesures souhaitables du point de vue de la politique législative, l'al. 11d) ne les rend pas obligatoires. Considérer que cet alinéa comporte ces prescriptions constitue à la fois une entorse injustifiée à la jurisprudence établie et une usurpation partielle du pouvoir de fixer la rémunération des juges des tribunaux inférieurs qui est accordé aux provinces par les par. 92(4) et (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La garantie d'indépendance judiciaire prévue à l'al. 11d) bénéficie aux personnes jugées et non aux juges. L'alinéa 11d) n'accorde donc pas aux juges le niveau d'indépendance auquel ils estiment avoir droit. Il leur garantit plutôt uniquement le degré d'indépendance nécessaire pour faire en sorte que les tribunaux exerçant une juridiction pénale agissent avec impartialité et soient perçus comme tels. L'indépendance judiciaire doit comprendre la protection contre les atteintes à la sécurité financière de la cour en tant qu'institution. Cependant, la possibilité qu'il y ait manipulation économique découlant de modifications appor-

tion test, judges are able to distinguish between changes to their remuneration effected for a valid public purpose and those designed to influence their decisions. Although this test applies to all changes to judicial remuneration, different types of changes warrant different levels of scrutiny. Changes to judicial salaries that apply equally to substantially all persons paid from public funds would almost inevitably be considered constitutional. Indeed, a reasonable, informed person would not view the linking of judges' salaries to those of civil servants as compromising judicial independence. Differential increases to judicial salaries would warrant a greater degree of scrutiny, and differential decreases would invite the highest level of review. In determining whether a differential change raises a perception of interference, regard must be had to both the purpose and the effect of the impugned salary change. In considering the effect of differential changes on judicial independence, the question is whether the distinction between judges and other persons paid from public funds amounts to a "substantial" difference in treatment. Trivial or insignificant differences are unlikely to threaten judicial independence. Finally, in most circumstances, a reasonable, informed person would not view direct consultations between the government and the judiciary over salaries as imperiling judicial independence. If a government uses salary discussions to attempt to influence or manipulate the judiciary, the government's actions will be reviewed according to the same reasonable perception test that applies to salary changes.

Since the governments of P.E.I. and Alberta were not required to have recourse to a salary commission, the wage reductions they imposed on Provincial Court judges as part of an overall public economic measure were consistent with s. 11(d) of the *Charter*. There is no evidence that the reductions were introduced in order to influence or manipulate the judiciary. A reasonable person would not perceive them, therefore, as threatening judicial independence. As well, since salary commissions are not constitutionally required, the Manitoba

tées aux traitements des juges en tant que catégorie ne justifie toutefois pas d'imposer, en tant qu'impératif constitutionnel, le recours à des commissions chargées d'examiner la rémunération des juges. En recourant au critère de la perception raisonnable, les juges sont capables d'établir une distinction entre les changements qui sont apportés à leur rémunération pour réaliser un objectif d'intérêt général valable et les changements qui visent à influencer leurs décisions. Bien que ce critère s'applique à tous les types de changements apportés à la rémunération des juges, certains changements réclament des degrés d'examen différents. Les changements qui sont apportés aux traitements des juges et qui s'appliquent de la même manière à la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics seraient presque inmanquablement jugés constitutionnels. De fait, une personne raisonnable et bien renseignée ne considérerait pas que l'établissement d'un lien entre la rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l'indépendance de la magistrature. Des hausses différentes apportées aux traitements des juges commanderaient un examen plus approfondi, et des baisses différentes appelleraient l'examen le plus approfondi. Pour déterminer si une modification différente fait naître une impression d'ingérence, il faut tenir compte à la fois de l'objet du changement de rémunération contesté et de son effet. Pour examiner l'effet qu'ont des changements différents sur l'indépendance de la magistrature, il faut se demander si la distinction faite entre les juges et d'autres personnes rémunérées sur les fonds publics se traduit par une différence «substantielle» dans la façon dont ils sont traités. Il est peu probable que des différences minimales ou négligeables menacent l'indépendance judiciaire. Enfin, dans la plupart des cas, une personne raisonnable et bien renseignée ne considérerait pas que les discussions salariales entre les juges et le gouvernement mettent en péril l'indépendance de la magistrature. Si un gouvernement utilise de telles discussions pour tenter d'influencer ou de manipuler les juges, les actes de ce gouvernement seront examinés en fonction du critère de la perception raisonnable qui s'applique aux changements apportés à la rémunération.

Puisque les gouvernements de l'Î.-P.-É. et de l'Alberta n'étaient pas obligés de recourir à une commission de la rémunération, les réductions des traitements qu'ils ont imposées aux juges de leur Cour provinciale respective, dans le cadre de mesures économiques générales, n'ont pas porté atteinte à l'al. 11(d) de la *Charte*. Il n'y a aucune preuve que les réductions des traitements ont été imposées afin d'influencer ou de manipuler les juges. Une personne raisonnable ne percevrait donc pas ces réductions comme une menace à l'indépendance de la

government's avoidance of the commission process did not violate s. 11(d). Although Bill 22 treated judges differently from most other persons paid from public funds, there is no evidence that the differences evince an intention to interfere with judicial independence. Differences in the classes of persons affected by Bill 22 necessitated differences in treatment. Moreover, the effect of the distinctions on the financial status of judges *vis-à-vis* others paid from public monies is essentially trivial. The Manitoba scheme was a reasonable and practical method of ensuring that judges and other appointees were treated equally in comparison to civil servants. A reasonable person would not perceive this scheme as threatening the financial security of judges in any way. However, the Manitoba government's refusal to sign a joint recommendation to the JCC, unless the judges agreed to forego their legal challenge of Bill 22, constituted a violation of judicial independence. The government placed economic pressure on the judges so that they would concede the constitutionality of the planned salary changes. The financial security component of judicial independence must include protection of judges' ability to challenge legislation implicating their own independence free from the reasonable perception that the government might penalize them financially for doing so.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, aff'g (1983), 2 C.C.C. (3d) 417; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; **referred to:** *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *R. v. Avery*, [1995] P.E.I.J. No. 42 (QL); *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Reference re Resolution to*

magistrature. De même, puisque les commissions de la rémunération ne sont pas exigées par la Constitution, la décision du gouvernement manitobain d'éviter le recours à la commission n'a pas violé l'al. 11d). Bien que la loi 22 ait traité les juges différemment de la plupart des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, il n'y a aucune preuve que ces différences témoignent d'une intention de porter atteinte à l'indépendance des juges. Les différences qui existent relativement aux catégories de personnes qui étaient visées par la loi 22 ont nécessité des différences de traitement. De plus, l'effet de ces distinctions sur la situation financière des juges par rapport à celles d'autres personnes rémunérées sur les fonds publics est, au fond, négligeable. La solution manitobaine était un moyen raisonnable et pratique de faire en sorte que les juges et d'autres personnes titulaires d'une nomination soient traités de façon comparable aux fonctionnaires. Une personne raisonnable ne percevrait pas cette solution comme constituant, de quelque façon que ce soit, une menace pour la sécurité financière des juges. Cependant, le refus du gouvernement du Manitoba de soumettre une recommandation conjointe au CRJ, à moins que les juges ne conviennent d'abandonner leur contestation judiciaire de la constitutionnalité de la loi 22, a constitué une atteinte à l'indépendance de la magistrature. Le gouvernement a exercé de la pression financière sur les juges pour les inciter à concéder la constitutionnalité de la réduction des traitements envisagée. L'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire doit comprendre la protection de la capacité des juges de contester des dispositions législatives mettant en jeu leur propre indépendance, sans entretenir la perception raisonnable que le gouvernement pourrait les pénaliser financièrement parce qu'ils le font.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, conf. (1983), 2 C.C.C. (3d) 417; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; **arrêts mentionnés:** *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *R. c. Avery*, [1995] P.E.I.J. No. 42 (QL); *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur géné-*

Amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753; *Hunt v. T & N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 S.C.R. 145; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 195, aff'd (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, aff'd [1985] 1 S.C.R. 295; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *Lowther v. Prince Edward Island* (1994), 118 D.L.R. (4th) 665; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 333; *R. v. Yes Holdings Ltd.* (1987), 40 C.C.C. (3d) 30; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By La Forest J. (dissenting in part)

Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy), [1995] 2 S.C.R. 97; *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *New Brunswick Broad-*

ral, [1996] 2 R.C.S. 876; *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Hunt c. T & N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Huson c. Township of South Norwich* (1895), 24 R.C.S. 145; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 195, conf. (1983), 5 D.L.R. (4th) 121, conf. [1985] 1 R.C.S. 295; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Judges c. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Lowther c. Prince Edward Island* (1994), 118 D.L.R. (4th) 665; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *R. c. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 333; *R. c. Yes Holdings Ltd.* (1987), 40 C.C.C. (3d) 30; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Citée par le juge La Forest (dissent en partie)

Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray), [1995] 2 R.C.S. 97; *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *New Bruns-*

casting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly), [1993] 1 S.C.R. 319; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645; *Manuel v. Attorney-General*, [1983] Ch. 77; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Attorney General for Canada and Dupond v. Montréal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement (U.K.), 12 & 13 Will. 3, c. 2, s. 3, para. 7.
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1988, c. 54, s. 1.
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1994, c. 49, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7-14, 11(d), 15, 23, 24.
Commissions and Salaries of Judges Act (U.K.), 1 Geo. 3, c. 23.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 17, 91, 92, 92(4), 92(14), 96-100.
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, Schedule (Appendix A of Framework Agreement) [ad. 1994, c. 12, s. 48], paras. 2, 6, 7, 11, 20, 27.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 90(1), 145(5), 253 [rep. & sub. c. 32 (4th Supp.), s. 59], 266, 784(1).
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 25 [rep. & sub. 1981, c. 51, s. 2].
Management Employees Pension Plan, Alta. Reg. 367/93.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94, s. 1.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 171/91.
Provincial Affairs and Attorney General (Miscellaneous Amendments) Act, S.P.E.I. 1995, c. 32, s. 10.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, c. 341 [am. 1994, c. 26, s. 15], s. 7.1(1), (2), (10).
Provincial Court Act, R.S.M. 1987, c. C275, s. 11.1 [ad. 1989-90, c. 34, s. 7].

wick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645; *Manuel c. Attorney-General*, [1983] Ch. 77; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Procureur général du Canada et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Lois et règlements cités

Act of Settlement (R.-U.), 12 & 13 Will. 3, ch. 2, art. 3, par. 7.
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1988, ch. 54, art. 1.
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1994, ch. 49, art. 1.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7-14, 11d), 15, 23, 24.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 90(1), 145(5), 253 [abr. & rempl. ch. 32 (4^e suppl.), art. 59], 266, 784(1).
Commissions and Salaries of Judges Act (R.-U.), 1 Geo. 3, ch. 23.
Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 25 [abr. & rempl. 1981, ch. 51, art. 2].
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 17, 91, 92, 92(4), 92(14), 96 à 100.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur la Cour provinciale, L.R.M. 1987, ch. C275, art. 11.1 [aj. 1989-90, ch. 34, art. 7].
Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 3, 4, 9.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, Annexe (Appendice A de la convention cadre) [aj. 1994, ch. 12, art. 48], art. 2, 6, 7, 11, 20, 27.
Management Employees Pension Plan, Alta. Reg. 367/93.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94, art. 1.
Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 171/91.

Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 3(3) [rep. & sub. 1994, c. 49, s. 1; am. *idem*, c. 51, s. 10; am. 1995, c. 32, s. 10], 4, 8(1)(c), 10 [rep. & sub. 1995, c. 32, s. 10], 12(2), 13, 17.

Provincial Court Act, 1991, S.N. 1991, c. 15, s. 28(3), (7).

Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, ss. 10(1)(d), (e), 11(1)(b), (c), (2), 13(1), 17(1).

Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation, Alta. Reg. 29/92.

Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, c. 51, ss. 1(d), 6(1), (2), 9, 10, 11, 12(1).

Public Sector Pay Reduction Act: Interpretation Regulations, EC631/94.

Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, ss. 3, 4, 9.

Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 18.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "negotiate".

Blackstone, William, Sir. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book 1. Oxford: Clarendon Press, 1770.

Canada. Department of Justice. *Report and Recommendations of the 1995 Commission on Judges' Salaries and Benefits*, September 1996.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: MacMillan, 1959.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Dyzenhaus, David. "Developments in Administrative Law: The 1992-93 Term" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 189.

Friedland, Martin L. *A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995.

Gibson, Dale. "Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights" (1966-67), 12 *McGill L.J.* 497.

Hamilton, Alexander. *The Federalist*, No. 78. In Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Or, The New Constitution*. London: Dent, 1992, 397.

Heuston, R. F. V. *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940*. Oxford: Clarendon Press, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1996, release 1).

Provincial Affairs and Attorney General (Miscellaneous Amendments) Act, S.P.E.I. 1995, ch. 32, art. 10.

Provincial Court Act, R.S.B.C. 1979, ch. 341 [mod. 1994, ch. 26, art. 15], art. 7.1(1), (2), (10).

Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) [abr. & rempl. 1994, ch. 49, art. 1; mod. *idem*, ch. 51, art. 10; mod. 1995, ch. 32, art. 10], 4, 8(1)(c), 10 [abr. & rempl. 1995, ch. 32, art. 10], 12(2), 13, 17.

Provincial Court Act, 1991, S.N. 1991, ch. 15, art. 28(3), (7).

Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 10(1)(d), (e), 11(1)(b), (c), (2), 13(1), 17(1).

Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation, Alta. Reg. 29/92.

Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, ch. 51, art. 1d), 6(1), (2), 9, 10, 11, 12(1).

Public Sector Pay Reduction Act: Interpretation Regulations, EC631/94.

Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 18.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "negotiate".

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

Canada. Ministère de la Justice. *Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges*, septembre 1996.

Dicey, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: MacMillan, 1959.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Dyzenhaus, David. "Developments in Administrative Law: The 1992-93 Term" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 189.

Friedland, Martin L. *Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995.

Gibson, Dale. "Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights" (1966-67), 12 *R.D. McGill* 497.

Hamilton, Alexander. *Le fédéraliste*, n° 78. Dans Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le fédéraliste*. Paris: Economica, 1988, 644.

Heuston, R. F. V. *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940*. Oxford: Clarendon Press, 1964.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 1996, release 1).

- Kurland, Philip B. "The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History" (1968-69), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665.
- Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77.
- Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.
- Manitoba. Law Reform Commission. Report 72. *Report on the Independence of Provincial Judges*. Winnipeg: The Commission, 1989.
- Renke, Wayne N. *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee*. Points of View No. 5. Edmonton: Centre for Constitutional Studies, 1994.
- Schauer, Frederick. "Giving Reasons" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 633.
- Schmeiser, Douglas A., and W. Howard McConnell. *The Independence of Provincial Court Judges: A Public Trust*. Toronto: Canadian Association of Provincial Court Judges, 1996.
- Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 1959.
- Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.
- Turpin, Colin. *British Government and the Constitution: Text, Cases and Materials*, 3rd ed. London: Butterworths, 1995.
- United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates*, vol. 90, cols. 67-68, November 23, 1933.
- United Nations. Commission on Human Rights. *Draft Universal Declaration on the Independence of Justice*, 1988.
- United Nations. Seventh Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. New York: United Nations, Department of Public Information, 1988.
- Wade, E. C. S., and A. W. Bradley. *Constitutional and Administrative Law*, 11th ed. By A. W. Bradley and K. D. Ewing with T. St. J. N. Bates. London: Longman, 1993.
- Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.
- Kurland, Philip B. "The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History" (1968-69), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665.
- Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *R. du B. can.* 77.
- Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139.
- Manitoba. Commission de réforme du droit. Report 72. *Report on the Independence of Provincial Judges*. Winnipeg: La Commission, 1989.
- Nations Unies. Commission des droits de l'Homme. *Projet de déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, 1988.
- Nations Unies. Septième Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*. New York: Nations Unies, Département de l'information, 1988.
- Renke, Wayne N. *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee*. Points de vue n° 5. Edmonton: Centre d'études constitutionnelles, 1994.
- Schauer, Frederick. "Giving Reasons" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 633.
- Schmeiser, Douglas A., et W. Howard McConnell. *L'indépendance des juges des cours provinciales: un gage commun*. Toronto: Association canadienne des juges de cours provinciales, 1996.
- Scott, F. R. *Civil Liberties and Canadian Federalism*. Toronto: University of Toronto Press, 1959.
- Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.
- Turpin, Colin. *British Government and the Constitution: Text, Cases and Materials*, 3rd ed. London: Butterworths, 1995.
- United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates*, vol. 90, cols. 67-68, November 23, 1933.
- Wade, E. C. S., and A. W. Bradley. *Constitutional and Administrative Law*, 11th ed. By A. W. Bradley and K. D. Ewing with T. St. J. N. Bates. London: Longman, 1993.
- Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335, 389 A.P.R. 335, 120 D.L.R. (4th) 449, 95 C.C.C. (3d) 1, 33 C.P.C. (3d)

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335, 389 A.P.R. 335, 120 D.L.R. (4th) 449, 95 C.C.C. (3d) 1, 33 C.P.C.

76, [1994] P.E.I.J. No. 123 (QL), in the matter of a reference concerning the remuneration of the Provincial Court judges of Prince Edward Island. Appeal allowed in part, La Forest J. dissenting.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29, 405 A.P.R. 29, 124 D.L.R. (4th) 528, 39 C.P.C. (3d) 241, [1995] P.E.I.J. No. 66 (QL), in the matter of a reference concerning the independence and impartiality of the Provincial Court judges of Prince Edward Island. Appeal allowed in part, La Forest J. dissenting. Cross-appeal allowed in part.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1995), 169 A.R. 178, 97 W.A.C. 178, 31 Alta. L.R. (3d) 190, 100 C.C.C. (3d) 167, [1995] 8 W.W.R. 747, [1995] A.J. No. 610 (QL), dismissing for want of jurisdiction the Crown's appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1994), 160 A.R. 81, 25 Alta. L.R. (3d) 158, [1995] 2 W.W.R. 469, [1994] A.J. No. 866 (QL), declaring certain sections of the *Provincial Court Judges Act* of no force or effect. Appeal on issue of jurisdiction allowed. Appeal on constitutional issues allowed in part, La Forest J. dissenting in part.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 102 Man. R. (2d) 51, 93 W.A.C. 51, 37 C.P.C. (3d) 207, 125 D.L.R. (4th) 149, 30 C.R.R. (2d) 326, [1995] 5 W.W.R. 641, [1995] M.J. No. 170 (QL), allowing the Crown's appeal and dismissing the Provincial Court judges' cross-appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench (1994), 98 Man. R. (2d) 67, 30 C.P.C. (3d) 31, [1994] M.J. No. 646 (QL), dismissing the Provincial Court judges' application to have *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act* declared unconstitutional, but reading down the legislation. Appeal allowed, La Forest J. dissenting in part.

(3d) 76, [1994] P.E.I.J. No. 123 (QL), dans l'affaire d'un renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Pourvoi accueilli en partie, le juge La Forest est dissident.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29, 405 A.P.R. 29, 124 D.L.R. (4th) 528, 39 C.P.C. (3d) 241, [1995] P.E.I.J. No. 66 (QL), dans l'affaire d'un renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Pourvoi accueilli en partie, le juge La Forest est dissident. Pourvoi incident accueilli en partie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 169 A.R. 178, 97 W.A.C. 178, 31 Alta. L.R. (3d) 190, 100 C.C.C. (3d) 167, [1995] 8 W.W.R. 747, [1995] A.J. No. 610 (QL), qui a rejeté, pour absence de compétence, l'appel du ministère public contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1994), 160 A.R. 81, 25 Alta. L.R. (3d) 158, [1995] 2 W.W.R. 469, [1994] A.J. No. 866 (QL), déclarant inopérants certains articles de la *Provincial Court Judges Act*. Pourvoi relatif à la question de la compétence accueilli. Pourvoi relatif aux questions constitutionnelles accueilli en partie, le juge La Forest est dissident en partie.

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 51, 93 W.A.C. 51, 37 C.P.C. (3d) 207, 125 D.L.R. (4th) 149, 30 C.R.R. (2d) 326, [1995] 5 W.W.R. 641, [1995] M.J. No. 170 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public et rejeté l'appel incident des juges de la Cour provinciale contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1994), 98 Man. R. (2d) 67, 30 C.P.C. (3d) 31, [1994] M.J. No. 646 (QL), qui avait rejeté la demande des juges de la Cour provinciale visant à faire déclarer inconstitutionnelle la *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public*, mais qui avait donné à la loi une interprétation atténuée. Pourvoi accueilli, le juge La Forest est dissident en partie.

Peter C. Ghiz, for the appellants in the P.E.I. references.

Gordon L. Campbell and *Eugene P. Rossiter, Q.C.*, for the respondent in the P.E.I. references.

Richard F. Taylor and *Ken Tjosvold*, for the appellant Her Majesty the Queen.

John A. Legge, for the respondents Campbell and Ekmecic.

R. S. Prithipaul, for the respondent Wickman.

Robb Tomm and *M. B. Nepon*, for the appellants the Judges of the Provincial Court of Manitoba.

E. W. Olson, Q.C., and *Vivian E. Rachlis*, for the respondent Her Majesty the Queen in right of Manitoba.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Josephine A. L. Palumbo*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-Yves Bernard and *Marise Visocchi*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Donna J. Miller, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Eugene P. Rossiter, Q.C., and *Gordon L. Campbell*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Graeme G. Mitchell and *Gregory Wm. Koturbash*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Richard F. Taylor, for the intervener the Attorney General for Alberta.

John P. Nelligan, Q.C., and *J. J. Mark Edwards*, for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges.

L. Yves Fortier, Q.C., and *Leigh D. Crestohl*, for the intervener the Canadian Judges Conference.

Peter C. Ghiz, pour les appelants dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard.

Gordon L. Campbell et *Eugene P. Rossiter, c.r.*, pour l'intimé dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard.

Richard F. Taylor et *Ken Tjosvold*, pour l'appellante Sa Majesté la Reine.

John A. Legge, pour les intimés Campbell et Ekmecic.

R. S. Prithipaul, pour l'intimé Wickman.

Robb Tomm et *M. B. Nepon*, pour les appelants les juges de la Cour provinciale du Manitoba.

E. W. Olson, c.r., et *Vivian E. Rachlis*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Josephine A. L. Palumbo*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-Yves Bernard et *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Donna J. Miller, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Eugene P. Rossiter, c.r., et *Gordon L. Campbell*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Graeme G. Mitchell et *Gregory Wm. Koturbash*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Richard F. Taylor, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

John P. Nelligan, c.r., et *J. J. Mark Edwards*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales.

L. Yves Fortier, c.r., et *Leigh D. Crestohl*, pour l'intervenante la Conférence canadienne des juges.

Raynold Langlois, Q.C., for the intervener the Conférence des juges du Québec.

Robert McKercher, Q.C., and *Michelle Ouellette*, for the intervener the Saskatchewan Provincial Court Judges Association.

D. O. Sabey, Q.C., *Bradley G. Nemetz* and *Scott H. D. Bower*, for the intervener the Alberta Provincial Judges' Association.

Thomas G. Heintzman, Q.C., and *Michael J. Bryant*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Ronald D. Manes and *Duncan N. Embury*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ The four appeals handed down today — *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (No. 24508), *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (No. 24778), *R. v. Campbell*, *R. v. Ekmecic* and *R. v. Wickman* (No. 24831), and *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)* (No. 24846) — raise a range of issues relating to the independence of provincial courts, but are united by a single issue: whether and how the guarantee of judicial independence in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* restricts the manner by and the extent to which provincial governments and legislatures can reduce the salaries of provincial court judges. Moreover, in my respectful opinion, they implicate the broader question of whether the constitutional home of judicial independence lies in the express provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, or exterior to the sections of those documents. I am cognizant of the length of these reasons. Although

Raynold Langlois, c.r., pour l'intervenante la Conférence des juges du Québec.

Robert McKercher, c.r., et *Michelle Ouellette*, pour l'intervenante la Saskatchewan Provincial Court Judges Association.

D. O. Sabey, c.r., *Bradley G. Nemetz* et *Scott H. D. Bower*, pour l'intervenante l'Alberta Provincial Judges' Association.

Thomas G. Heintzman, c.r., et *Michael J. Bryant*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Ronald D. Manes et *Duncan N. Embury*, pour l'intervenante la Fédération des professions juridiques au Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Les quatre arrêts rendus aujourd'hui — *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (n° 24508), *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (n° 24778), *R. c. Campbell*, *R. c. Ekmecic* et *R. c. Wickman* (n° 24831), et *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)* (n° 24846) — soulèvent un certain nombre de questions touchant l'indépendance des cours provinciales, mais ils ont tous en commun un point particulier: la question de savoir si la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a pour effet de restreindre et les moyens par lesquels les gouvernements et les assemblées législatives des provinces peuvent réduire les traitements des juges des cours provinciales, et l'ampleur de ces réductions, et, si oui, de quelle manière agit cette disposition. À mon avis, ces arrêts soulèvent en outre la question plus générale de savoir si le fondement constitutionnel de l'indépendance de la

it would have been possible to issue a set of separate but interrelated judgments, since many of the parties intervened in each other's cases, I find it convenient to deal with these four appeals in one set of reasons. Given the length and complexity of these reasons, I thought it would be useful and convenient to provide a summary, which is found at para. 287.

The question of judicial independence, not only under s. 11(d) of the *Charter*, but also under ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*, has been the subject of previous decisions of this Court. However, the aspect of judicial independence which is engaged by the impugned reductions in salary — financial security — has only been dealt with in any depth by *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, and *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56. The facts of the current appeals require that we address questions which were left unanswered by those earlier decisions.

Valente was the first decision in which this Court gave meaning to s. 11(d)'s guarantee of judicial independence and impartiality. In that judgment, this Court held that s. 11(d) encompassed a guarantee, *inter alia*, of financial security for the courts and tribunals which come within the scope of that provision. This Court, however, only turned its mind to the nature of financial security which is required for individual judges to enjoy judicial independence. It held that for individual judges to be independent, their salaries must be secured by law, and not be subject to arbitrary interference by the executive. The question which arises in these appeals, by contrast, is the content of the collective or institutional dimension of financial security for judges of provincial courts, which was not at issue in *Valente*. In particular, I will address the institu-

magistrature réside dans les dispositions expresses des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ou ailleurs que dans les dispositions de ces documents. Je suis bien conscient de la longueur des présents motifs. Bien qu'il eût été possible de rendre des jugements distincts mais connexes, étant donné que plusieurs parties sont intervenues dans les pourvois des autres, j'ai jugé opportun de statuer sur les quatre pourvois dans les mêmes motifs. Vu la longueur et la complexité des présents motifs, j'ai estimé qu'il serait à la fois utile et pratique d'en préparer un résumé, que vous trouverez au par. 287.

La question de l'indépendance de la magistrature, non seulement au regard de l'al. 11d) de la *Charte* mais également des art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a déjà fait l'objet d'arrêts de notre Cour. Toutefois, l'aspect de cette question que mettent en jeu les réductions de traitements contestées — savoir la sécurité financière — n'a, jusqu'ici, été examiné d'une manière assez approfondie que dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, et dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56. Les faits des présents pourvois nous obligent à examiner certains points laissés en suspens dans ces arrêts.

Valente est le premier arrêt dans lequel notre Cour a interprété la garantie d'indépendance et d'impartialité de la magistrature prévue à l'al. 11d). Elle y a décidé que l'al. 11d) garantissait, entre autres choses, la sécurité financière des cours et des tribunaux relevant du champ d'application de cette disposition. Notre Cour ne s'est cependant attachée qu'à la nature de la sécurité financière requise pour permettre aux juges, pris individuellement, de jouir de cette indépendance. Elle a décidé que, pour que les juges pris individuellement jouissent de l'indépendance, leurs traitements devaient être prévus par la loi et ne pas être sujets aux ingérences arbitraires de l'exécutif. Par contraste, la question soulevée par les présents pourvois concerne le contenu de la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière des juges des cours provinciales, aspect qui n'était pas en cause dans *Valente*. De façon plus particulière, je vais examiner les arrangements institutionnels qu'en-

tional arrangements which are comprehended by the guarantee of collective financial security.

4 Almost a year after *Valente* was heard, but before it had been handed down, this Court heard the appeal in *Beauregard*. In that case, the Court rejected a constitutional challenge to federal legislation establishing a contributory pension scheme for superior court judges. It had been argued that the pension scheme amounted to a reduction in the salaries of those judges during their term of office, and for that reason contravened judicial independence and was beyond the powers of Parliament. Although the Court found that there had been no salary reduction on the facts of the case, the judgment has been taken to stand for the proposition that salary reductions which are “non-discriminatory” are not unconstitutional.

5 There are four questions which arise from *Beauregard*, and which are central to the disposition of these appeals. The first question is what kinds of salary reductions are consistent with judicial independence — only those which apply to all citizens equally, or also those which only apply to persons paid from the public purse, or those which just apply to judges. The second question is whether the same principles which apply to salary reductions also govern salary increases and salary freezes. The third question is whether *Beauregard*, which was decided under s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, a provision which only guarantees the independence of superior court judges, applies to the interpretation of s. 11(d), which protects a range of courts and tribunals, including provincial court judges. The fourth and final question is whether the Constitution — through the vehicle of s. 100 or s. 11(d) — imposes some substantive limits on the extent of permissible salary reductions for the judiciary.

6 Before I begin my legal analysis, I feel compelled to comment on the unprecedented situation which these appeals represent. The independence

globe la garantie relative à la sécurité financière collective.

Près d'un an après l'audition de l'affaire *Valente* mais avant le prononcé de la décision, notre Cour a entendu le pourvoi *Beauregard*. Dans cette dernière affaire, la Cour a rejeté une attaque constitutionnelle contre une loi fédérale établissant, à l'égard des juges des cours supérieures, un régime de pensions avec participation des intéressés. On avait soutenu que le régime de pensions équivalait à une réduction des traitements de ces juges pendant la durée de leurs fonctions et que, en conséquence, il portait atteinte à l'indépendance de la magistrature et outrepassait les pouvoirs du Parlement. Même si notre Cour a conclu, à la lumière des faits de l'affaire, qu'il n'y avait pas eu réduction des traitements, cet arrêt a été interprété comme ayant pour effet de permettre d'affirmer que les réductions de traitements «non discriminatoires» ne sont pas inconstitutionnelles.

L'arrêt *Beauregard* soulève quatre questions, qui sont fondamentales pour trancher les présents pourvois. La première consiste à déterminer les formes de réduction de traitements qui sont compatibles avec l'indépendance de la magistrature — s'agit-il de celles qui s'appliquent uniquement à tous les citoyens, ou également de celles qui ne s'appliquent qu'aux personnes payées sur les fonds publics, ou, encore, de celles qui s'appliquent seulement aux juges. La deuxième question est de savoir si les principes applicables aux réductions de traitements régissent aussi les hausses et le blo-cage des traitements. La troisième consiste à décider si l'arrêt *Beauregard*, qui concernait l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, disposition qui ne garantit que l'indépendance des juges des cours supérieures, s'applique pour l'interprétation de l'al. 11d), qui protège un certain éventail de cours et de tribunaux, dont les juges des cours provinciales. Quatrièmement, il faut décider si la Constitution — par l'art. 100 ou l'al. 11d) — a pour effet de fixer des limites concrètes à l'ampleur des réductions permises aux traitements des juges.

Avant de commencer mon analyse du droit, je sens le besoin de commenter la situation sans précédent que soulèvent les présents pourvois. L'indé-

of provincial court judges is now a live legal issue in no fewer than four of the ten provinces in the federation. These appeals have arisen from three of those provinces — Alberta, Manitoba, and Prince Edward Island (“P.E.I.”) — in three different ways. In Alberta, three accused persons challenged the constitutionality of their trials before judges of the Provincial Court; in Manitoba, the Provincial Judges Association proceeded by way of civil action; in P.E.I., the provincial cabinet brought two references. In British Columbia, the provincial court judges association has brought a civil suit on a similar issue. I hasten to add that that latter case is not before this Court, and I do not wish to comment on its merits. I merely refer to it to illustrate the national scope of the question which has come before us in these appeals.

Although the cases from the different provinces are therefore varied in their origin, taken together, in my respectful view, they demonstrate that the proper constitutional relationship between the executive and the provincial court judges in those provinces has come under serious strain. Litigation, and especially litigation before this Court, is a last resort for parties who cannot agree about their legal rights and responsibilities. It is a very serious business. In these cases, it is even more serious because litigation has ensued between two primary organs of our constitutional system — the executive and the judiciary — which both serve important and interdependent roles in the administration of justice.

The task of the Court in these appeals is to explain the proper constitutional relationship between provincial court judges and provincial executives, and thereby assist in removing the strain on this relationship. The failure to do so would undermine “the web of institutional relationships . . . which continue to form the backbone of our constitutional system” (*Cooper v. Canada*

pendance des juges des cours provinciales est aujourd’hui une question juridique d’actualité dans pas moins de cinq des dix provinces de la fédération. Les présents pourvois, qui émanent de trois des provinces en question — l’Alberta, le Manitoba et l’Île-du-Prince-Édouard —, ont suivi trois voies distinctes. En Alberta, trois accusés ont contesté la constitutionnalité de leur procès devant des juges de la Cour provinciale; au Manitoba, la Provincial Judges Association a intenté une action au civil; à l’Île-du-Prince-Édouard, le cabinet provincial a présenté deux renvois. En Colombie-Britannique, l’association des juges de la cour provinciale a engagé des poursuites civiles relativement à une question similaire. Je m’empresse d’ajouter que cette dernière affaire n’est pas devant notre Cour, et que je n’entends pas faire d’observations sur le fond de celle-ci. Je ne la mentionne que pour illustrer la dimension nationale de la question dont nous sommes saisis dans les présents pourvois.

Malgré l’origine distincte des affaires provenant des diverses provinces, ces affaires, prises ensemble, montrent bien, à mon humble avis, que, dans ces provinces, les rapports constitutionnels que doivent entretenir l’exécutif et les juges des cours provinciales sont tendus. Le fait de porter une affaire en justice, particulièrement de s’adresser à notre Cour, est la solution de dernier recours des parties qui ne peuvent s’entendre sur leurs droits et responsabilités juridiques. Il s’agit d’une démarche très sérieuse. Dans les cas qui nous occupent, cette démarche est d’autant plus sérieuse du fait que les litiges opposent deux organes fondamentaux de notre régime constitutionnel — l’exécutif et le judiciaire — qui jouent tous deux des rôles importants et interdépendants en matière d’administration de la justice.

La tâche de notre Cour dans les présents pourvois est d’expliquer quels sont les rapports constitutionnels que doivent entretenir les juges des cours provinciales et l’exécutif des provinces, et ainsi d’aider à éliminer les tensions qui se sont développées. Ne pas le faire minerait «le réseau de liens institutionnels [. . .] qui continuent de former la base de notre système constitutionnel» (*Cooper*

(*Human Rights Commission*), [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 3).

9 Although these cases implicate the constitutional protection afforded to the financial security of provincial court judges, the purpose of the constitutional guarantee of financial security — found in s. 11(d) of the *Charter*, and also in the preamble to and s. 100 of the *Constitution Act, 1867* — is not to benefit the members of the courts which come within the scope of those provisions. The benefit that the members of those courts derive is purely secondary. Financial security must be understood as merely an aspect of judicial independence, which in turn is not an end in itself. Judicial independence is valued because it serves important societal goals — it is a means to secure those goals.

10 One of these goals is the maintenance of public confidence in the impartiality of the judiciary, which is essential to the effectiveness of the court system. Independence contributes to the perception that justice will be done in individual cases. Another social goal served by judicial independence is the maintenance of the rule of law, one aspect of which is the constitutional principle that the exercise of all public power must find its ultimate source in a legal rule. It is with these broader objectives in mind that these reasons, and the disposition of these appeals, must be understood.

II. Facts

A. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

11 These two cases, which were heard together in these proceedings, arose out of two references which were issued by the Lieutenant Governor in Council of P.E.I. to the Appeal Division of the P.E.I. Supreme Court.

c. Canada (Commission des droits de la personne), [1996] 3 R.C.S. 854, au par. 3).

Même si les présents pourvois concernent la protection constitutionnelle de la sécurité financière des juges des cours provinciales, l'objet de cette garantie — prévue par l'al. 11d) de la *Charte* ainsi que par le préambule et l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — n'est pas d'avantager les membres des tribunaux visés par ces dispositions. L'avantage qui en découle pour les juges n'est qu'un aspect purement accessoire. La sécurité financière doit être considérée comme un aspect de l'indépendance de la magistrature, qui elle-même n'est pas une fin en soi. En effet, l'indépendance des tribunaux est précieuse parce qu'elle sert des objectifs sociétaux importants — elle est un moyen favorisant leur réalisation.

Un de ces objectifs est le maintien de la confiance du public dans l'impartialité de la magistrature, élément essentiel à l'efficacité du système judiciaire. L'indépendance de la magistrature permet de renforcer la perception que justice est rendue dans les litiges dont sont saisis les tribunaux. Un autre objectif sociétal que sert l'indépendance de la magistrature est le maintien de la primauté du droit, dont un des aspects est le principe constitutionnel suivant lequel l'exercice de tout pouvoir public doit en bout de ligne tirer sa source d'une règle de droit. Le dispositif des présents pourvois et les motifs qui l'accompagnent doivent être considérés sous l'éclairage de ces objectifs plus vastes.

II. Les faits

A. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Ces deux affaires, qui ont été entendues ensemble dans la présente instance, découlent de deux renvois présentés par le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Île-du-Prince-Édouard à la Section d'appel de la Cour suprême de cette province.

The first reference, *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, was issued on October 11, 1994 by Order in Council No. EC646/94, pursuant to s. 18 of the *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, and came about as a result of reductions in the salaries of judges of the P.E.I. Provincial Court by the *Public Sector Pay Reduction Act*, S.P.E.I. 1994, c. 51. This statute reduced the salaries of the judges and others paid from the public purse in P.E.I. by 7.5 percent effective May 17, 1994. The Act was part of the province's plan to reduce its budget deficit. Following the pay reduction, numerous accused persons challenged the constitutionality of proceedings before them in the Provincial Court, alleging that as a result of the salary reductions, the court had lost its status as an independent and impartial tribunal under s. 11(d) of the *Charter*. In response to the uncertainty created by these challenges, the provincial government issued a reference to elucidate the constitutional contours of the power of the provincial legislature to decrease, increase or otherwise adjust the remuneration of judges of the Provincial Court, and to determine whether the judges of the Provincial Court still enjoyed a sufficient degree of financial security for the purposes of s. 11(d). The Appeal Division rendered judgment on December 16, 1994: (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335, 389 A.P.R. 335, 120 D.L.R. (4th) 449, 95 C.C.C. (3d) 1, 33 C.P.C. (3d) 76, [1994] P.E.I.J. No. 123 (QL). For present purposes, it is sufficient to simply state that the court found the judges of the Provincial Court to be independent.

The second reference, *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, was issued on February 13, 1995, by Order in Council No. EC132/95, and arose out of the controversy surrounding the first reference. Despite the Appeal Division's decision in the first reference, accused persons continued to raise challenges based on s. 11(d) to the constitutionality of the P.E.I. Provincial Court. In particular, Plamondon Prov. Ct. J.

Le premier renvoi, c'est-à-dire le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, qui a été présenté le 11 octobre 1994, par le décret n° EC646/94, conformément à l'art. 18 de la *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, faisait suite à la réduction apportée aux traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard en vertu de la *Public Sector Pay Reduction Act*, S.P.E.I. 1994, ch. 51. Cette loi a réduit de 7,5 pour 100, à compter du 17 mai 1994, les traitements des juges et d'autres personnes payées sur les fonds publics. Cette loi s'inscrivait dans le cadre du programme mis en œuvre par la province pour réduire son déficit budgétaire. À la suite de cette réduction du traitement des juges, de nombreux accusés ont attaqué la constitutionnalité des procédures dont les juges de la Cour provinciale étaient saisis, affirmant que, en raison de cette réduction, la cour avait perdu sa qualité de tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Devant l'incertitude créée par ces contestations, le gouvernement provincial a présenté un renvoi en vue de faire préciser les limites constitutionnelles du pouvoir de l'assemblée législative de réduire, de hausser ou de modifier de quelque autre façon les traitements des juges de la Cour provinciale, et de faire déterminer si ceux-ci bénéficiaient encore d'un degré suffisant de sécurité financière au regard de l'al. 11d). La Section d'appel a rendu jugement le 16 décembre 1994: (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335, 389 A.P.R. 335, 120 D.L.R. (4th) 449, 95 C.C.C. (3d) 1, 33 C.P.C. (3d) 76, [1994] P.E.I.J. No. 123 (QL). Pour les fins des présents pourvois, qu'il suffise de dire que la cour a conclu que les juges de la Cour provinciale étaient indépendants.

Le second renvoi, soit le *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, qui a été présenté le 13 février 1995, par le décret n° EC132/95, découlait de la controverse soulevée par le premier renvoi. Malgré la décision de la Section d'appel sur le premier renvoi, les accusés ont continué d'attaquer la constitutionnalité de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard en s'appuyant sur l'al. 11d). De façon plus particulière, le

(formerly Chief Judge) issued a judgment in which he strongly criticized the Appeal Division's decision, and refused to follow it: *R. v. Avery*, [1995] P.E.I.J. No. 42 (QL).

14 The second reference was much more comprehensive in nature, and contained a series of questions concerning all three elements of the judicial independence of the P.E.I. Provincial Court: financial security (the issue in the first reference), security of tenure, and institutional (or administrative) independence. The Appeal Division rendered judgment on May 4, 1995, and answered most of the questions to the effect that the Provincial Court was independent and impartial: (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29, 405 A.P.R. 29, 124 D.L.R. (4th) 528, 39 C.P.C. (3d) 241, [1995] P.E.I.J. No. 66 (QL). The appellants (who are the same appellants as in the first reference) appeal from this holding. However, the court did hold that Provincial Court judges lacked a sufficient degree of security of tenure to meet the standard set by s. 11(d) of the *Charter*. The respondent Crown cross-appeals from this aspect of the judgment.

15 Because of their length and complexity, I have chosen to append the questions put in the two P.E.I. references as Appendices "A" and "B".

B. R. v. Campbell, R. v. Ekmecic and R. v. Wickman

16 This appeal arises out of three separate and unrelated criminal proceedings commenced against the respondents Shawn Carl Campbell, Ivica Ekmecic, and Percy Dwight Wickman in the province of Alberta. Campbell was charged with unlawful possession of a prohibited weapon, contrary to s. 90(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and subsequently, in connection with the charge of unlawful possession, with failing to attend court in contravention of s. 145(5) of the *Criminal Code*. Wickman was charged with two different offences — operating a motor vehicle while his ability to operate that vehicle was

juge Plamondon de la Cour provinciale (auparavant Juge en chef de cette cour) a rendu un jugement dans lequel il a critiqué sévèrement la décision de la Section d'appel et refusé de la suivre: *R. c. Avery*, [1995] P.E.I.J. No. 42 (QL).

Le second renvoi avait une portée beaucoup plus large et posait une série de questions concernant les trois éléments de l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard: sécurité financière (question visée par le premier renvoi), inamovibilité (ou permanence) et indépendance institutionnelle (ou administrative). Dans un jugement rendu le 4 mai 1995, la Section d'appel a répondu à la plupart des questions en concluant à l'indépendance et à l'impartialité de la Cour provinciale: (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29, 405 A.P.R. 29, 124 D.L.R. (4th) 528, 39 C.P.C. (3d) 241, [1995] P.E.I.J. No. 66 (QL). Les appelants (qui sont les mêmes que dans le premier renvoi) se pourvoient contre cette décision. Toutefois, la Section d'appel a effectivement décidé que les juges de la Cour provinciale ne jouissaient pas d'une inamovibilité suffisante pour respecter la norme établie par l'al. 11d) de la *Charte*. Sa Majesté intimee a formé un pourvoi incident contre cet aspect de l'arrêt de la Cour d'appel.

En raison de la longueur et de la complexité des questions posées dans les deux renvois de l'Île-du-Prince-Édouard, j'ai choisi de les joindre au présent jugement à titre d'annexes A et B.

B. R. c. Campbell, R. c. Ekmecic et R. c. Wickman

Ce pourvoi découle de trois procès criminels distincts engagés en Alberta contre les intimés Shawn Carl Campbell, Ivica Ekmecic et Percy Dwight Wickman. Campbell a été inculpé de possession illégale d'une arme prohibée, infraction prévue au par. 90(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et, subséquentement, relativement à cette accusation, il a été inculpé d'avoir omis de comparaître devant le tribunal, en contravention du par. 145(5) du *Code criminel*. Wickman a été accusé de deux infractions: conduite d'un véhicule à moteur lorsque sa capacité de conduire ce véhicule était affaiblie par l'effet de l'alcool, infraction

impaired by alcohol, in violation of s. 253(a) of the *Criminal Code*, and operating a motor vehicle after having consumed alcohol in such a quantity that his blood alcohol level exceeded 80 milligrams, in contravention of s. 253(b) of the *Criminal Code*. Ekmeçic was charged with unlawful assault contrary to s. 266 of the *Criminal Code*.

The three respondents pled not guilty, and the Crown elected to proceed summarily in all three cases. The accused appeared, in separate proceedings, before the Alberta Provincial Court. At various points in their trials, they each brought a motion before the Alberta Court of Queen's Bench, arguing that the Provincial Court was not an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d). The trials for Campbell and Ekmeçic were both adjourned before they commenced. Wickman, by contrast, moved for and was granted an adjournment after the Crown had completed its case and six witnesses had testified for the defence, including the accused. Amongst the three of them, the respondents sought orders in the nature of prohibition, *certiorari*, declarations, and stays.

The allegations of unconstitutionality, *inter alia*, dealt with a 5 percent reduction in the salaries of judges of the Provincial Court brought about by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, and s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, which is the statutory basis for the aforementioned regulation. The 5 percent reduction was accomplished by a 3.1 percent direct salary reduction, and by 5 unpaid days leave of absence. The respondents also attacked the constitutionality of changes to the judges' pension plan by the *Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation*, Alta. Reg. 29/92, and the *Management Employees Pension Plan*, Alta. Reg. 367/93, which respectively had the effect of reducing the base salary for calculating pension benefits, and limiting cost of living increases to 60 percent of the Consumer Price Index. In addition, the respondents challenged the constitutionality of the power of the Attorney General to designate the

prévue à l'al. 253a) du *Code criminel*, et conduite d'un véhicule à moteur après avoir consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépassait 80 milligrammes d'alcool, infraction prévue à l'al. 253b) du *Code criminel*. Ekmeçic a été inculpé de voies de fait, infraction prévue à l'art. 266 du *Code criminel*.

Les trois intimés ont plaidé non coupables et le ministère public a décidé d'appliquer la procédure sommaire dans les trois cas. Les accusés ont comparu, dans des instances séparées, devant la Cour provinciale de l'Alberta. À divers stades de leur procès, chacun d'eux a présenté à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta une requête faisant valoir que la Cour provinciale n'était pas un tribunal indépendant et impartial aux sens de l'al. 11d). Les procès de Campbell et de Ekmeçic ont été ajournés avant même d'avoir commencé. Wickman au contraire a demandé et obtenu un ajournement après que le ministère public avait clos sa preuve et que six témoins avaient déposé pour la défense, dont l'accusé. Prises ensemble, les demandes des intimés sollicitaient des ordonnances de prohibition et de *certiorari* ainsi que des jugements déclaratoires et l'arrêt des procédures.

Les arguments d'inconstitutionnalité portaient entre autres choses sur la réduction de 5 pour 100 des traitements des juges de la Cour provinciale découlant du *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, et du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, texte législatif qui est le fondement du règlement précité. La réduction de 5 pour 100 a été accomplie par une réduction directe de 3,1 pour 100 du traitement, accompagnée de 5 jours d'absence non rémunérés. Les intimés ont également attaqué la constitutionnalité des modifications apportées au régime de pension des juges par le *Provincial Judges and Masters in Chambers Pension Plan Amendment Regulation*, Alta. Reg. 29/92, et le *Management Employees Pension Plan*, Alta. Reg. 367/93, qui ont eu pour effet, respectivement, de réduire le traitement de base servant au calcul des prestations de retraite, et de limiter les hausses visant à tenir compte de l'augmentation du coût de la vie à 60 pour 100 de l'indice des prix à

17

18

court's sitting days and judges' place of residence. McDonald J., on the motions, also put at issue the process for disciplining Provincial Court judges and the grounds for removal of judges of the Provincial Court.

la consommation. De plus, ils ont contesté le pouvoir du procureur général de fixer les jours de séance de la cour et le lieu de résidence des juges. Le juge McDonald, qui était saisi des requêtes, a également considéré qu'étaient en cause le mécanisme de discipline applicable aux juges de la Cour provinciale et les motifs pour lesquels ces derniers peuvent être révoqués.

19 Finally, and in large part, the constitutional challenges seem to have been precipitated by the remarks of Premier Ralph Klein during a radio interview. Mr. Klein stated that a judge of the provincial youth court, who had indicated that he would not sit in protest over his salary reduction, should be "very, very quickly fired".

Enfin, les contestations constitutionnelles semblent avoir été précipitées, dans une large mesure, par des remarques faites par le premier ministre Ralph Klein au cours d'une entrevue radiophonique. Ce dernier a déclaré qu'un juge du tribunal pour adolescents de la province, qui avait indiqué qu'il ne siégerait pas, afin de protester contre la réduction de son traitement, devrait être [TRADUCTION] «congédié très, très rapidement».

20 All three motions were heard by McDonald J., who found that the Alberta Provincial Court was no longer independent: (1994), 160 A.R. 81, 25 Alta. L.R. (3d) 158, [1995] 2 W.W.R. 469, [1994] A.J. No. 866 (QL). However, he obviated the need for a stay by issuing a declaration that provincial legislation and regulations which were the source of the s. 11(d) violation were of no force or effect. As a result, although the Crown lost on the constitutional issue, it won on the issue of the stay. The Crown appealed to the Alberta Court of Appeal, which held that it did not have jurisdiction to hear the appeals, and therefore did not consider the merits of the arguments: (1995), 169 A.R. 178, 97 W.A.C. 178, 31 Alta. L.R. (3d) 190, 100 C.C.C. (3d) 167, [1995] 8 W.W.R. 747, [1995] A.J. No. 610 (QL). The Crown now appeals to this Court, both on the question of the Court of Appeal's jurisdiction and the merits of the constitutional issue. I stated constitutional questions on June 26, 1996. These questions can be found in Appendix "C".

Les trois requêtes ont été entendues par le juge McDonald, qui a conclu que la Cour provinciale de l'Alberta n'était plus indépendante: (1994), 160 A.R. 81, 25 Alta. L.R. (3d) 158, [1995] 2 W.W.R. 469, [1994] A.J. No. 866 (QL). Toutefois, il a évité la nécessité d'imposer l'arrêt des procédures en déclarant que les textes législatifs et réglementaires provinciaux à la source de la violation de l'al. 11d) étaient inopérants. En conséquence, même si le ministère public avait perdu sur la question constitutionnelle, il avait néanmoins gain de cause quant à l'arrêt des procédures. Il a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Alberta, qui a décidé qu'elle n'avait pas compétence pour entendre les appels et n'a donc pas examiné le fond des arguments: (1995), 169 A.R. 178, 97 W.A.C. 178, 31 Alta. L.R. (3d) 190, 100 C.C.C. (3d) 167, [1995] 8 W.W.R. 747, [1995] A.J. No. 610 (QL). Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour, à la fois sur la question de la compétence de la Cour d'appel et sur le fond de la question constitutionnelle. Le 26 juin 1996, j'ai formulé les questions constitutionnelles qui figurent à l'annexe C.

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*

21 This appeal deals with reductions to the salaries of judges of the Manitoba Provincial Court, by *The Public Sector Reduced Work Week and Compensa-*

Ce pourvoi concerne les réductions apportées aux traitements des juges de la Cour provinciale du Manitoba par la *Loi sur la réduction de la semaine*

tion Management Act, S.M. 1993, c. 21, otherwise known as "Bill 22". Bill 22 led to the reduction of the salaries of a large number of public sector employees, including employees of Crown corporations, hospitals, personal care homes, child and family services agencies, municipalities, school boards, universities and colleges. The legislation was passed as part of a plan to reduce the province's deficit. Bill 22 provided for different treatment of the several classes of employees to which it applied. It provided that public sector employers "may" require employees to take unpaid days of leave. However, judges of the Provincial Court, along with persons who received remuneration as members of a Crown agency or a board, commission or committee to which they were appointed by the government, received a mandatory reduction of 3.8 percent in the 1993-94 fiscal year. For the next fiscal year, Bill 22 provided that judges' salaries were to be reduced

by an amount that is generally equivalent to the amount by which the wages of employees under a collective agreement with Her Majesty in right of Manitoba are reduced in the same period as a result of a requirement to take days or portions of days of leave without pay in that period.

In the second year, the pay reduction of judges of the Provincial Court could have been achieved by days of leave without pay. Similar provisions governed the salary reduction for members of the provincial legislature. By contrast, medical practitioners were dealt with by a different set of provisions in Bill 22, which fixed the total payments for 1993-94 at 98 percent of the total payments in the 1992-93 fiscal year, and payments for the 1994-95 year by an amount obtained by multiplying the payment for the 1993-94 year by a factor laid down in regulation. Bill 22 was time-limited legislation, and is no longer in effect.

The Manitoba Provincial Judges Association launched a constitutional challenge to the salary cut, alleging that it infringed their judicial inde-

de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, aussi appelée «loi 22». La loi 22 a entraîné la réduction des salaires d'un grand nombre d'employés du secteur public, dont des employés de sociétés d'État, d'hôpitaux, de foyers de soins personnels, d'organismes de services à l'enfance et à la famille, de municipalités, de commissions scolaires, d'universités et de collèges. Ce texte de loi a été édicté dans le cadre du programme de réduction du déficit de la province. La loi 22 traitait différemment les diverses catégories d'employés auxquelles elle s'appliquait. Elle disposait que les employeurs du secteur public «pouvaient» obliger leurs employés à prendre des jours de congé sans solde. Toutefois, les juges de la Cour provinciale, ainsi que les personnes qui reçoivent une rémunération à titre de membres d'organismes de la Couronne ou de conseils, de commissions ou de comités auxquels elles sont nommées par le gouvernement, voyaient leur traitement réduit de 3,8 pour 100 pour l'exercice 1993-1994. Pour l'exercice suivant, la loi 22 portait que les traitements des juges seraient réduits

d'une somme qui correspond, de façon générale, au montant de la réduction de salaire que subissent les salariés visés par une convention collective conclue avec Sa Majesté du chef du Manitoba au cours de la même période par suite de leur obligation de prendre des jours ou des parties de jours de congé sans solde.

Durant le second exercice, la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale aurait pu être réalisée au moyen de jours de congés sans solde. Des dispositions analogues régissaient la réduction des traitements des députés. Par contraste, les médecins étaient visés par un ensemble différent de dispositions dans la loi 22, qui fixaient, d'une part, les paiements totaux pour 1993-1994 à 98 pour 100 des paiements totaux faits en 1992-1993, et, d'autre part, les paiements pour 1994-1995 à un montant obtenu en multipliant la somme versée pour 1993-1994 par un coefficient prévu par règlement. La période de validité de la loi 22 était limitée, et celle-ci n'est plus en vigueur.

La Manitoba Provincial Judges Association a attaqué la constitutionnalité de la réduction des traitements, affirmant qu'elle portait atteinte à l'in-

pendence as protected by s. 11(d) of the *Charter*. They also argued that the salary reduction was unconstitutional because it effectively suspended the operation of the Judicial Compensation Committee, a body created by *The Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, whose task it is to issue reports on judges' salaries to the provincial legislature. Furthermore, they alleged that the government had interfered with judicial independence by ordering the withdrawal of court staff and personnel on unpaid days of leave ("Filmon Fridays"), which in effect shut down the Provincial Court on those days. Finally, they claimed that the government had exerted improper pressure on the Association in the course of salary discussions to desist from launching this constitutional challenge, which also allegedly infringed their judicial independence. The trial judge held that the salary reduction violated s. 11(d), but read down Bill 22 so that it only provided for a temporary suspension in compensation, with retroactive payment due after the Bill expired: (1994), 98 Man. R. (2d) 67, 30 C.P.C. (3d) 31, [1994] M.J. No. 646 (QL). The Court of Appeal rejected all the constitutional challenges: (1995), 102 Man. R. (2d) 51, 93 W.A.C. 51, 37 C.P.C. (3d) 207, 125 D.L.R. (4th) 149, 30 C.R.R. (2d) 326, [1995] 5 W.W.R. 641, [1995] M.J. No. 170 (QL). The Judges of the Provincial Court, as represented by the Association, now appeal to this Court. I stated constitutional questions on June 18, 1996. These questions can be found in Appendix "D".

III. Decisions Below

A. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

(1) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island:*

dépendance de la magistrature garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. L'Association a également plaidé que la réduction était inconstitutionnelle parce qu'elle avait eu pour effet de suspendre les activités du Comité chargé de la rémunération des juges créé par la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, et dont la tâche est de présenter à l'assemblée législative provinciale des rapports sur les traitements des juges. De plus, l'Association a prétendu que le gouvernement avait porté atteinte à l'indépendance de la magistrature en ordonnant le retrait du personnel du tribunal durant les jours de congés sans solde (les «vendredis de Filmon»), ce qui avait concrètement eu pour effet d'entraîner la fermeture de la Cour provinciale ces jours-là. Finalement, l'Association a soutenu que le gouvernement avait exercé des pressions indues sur elle au cours des discussions sur les traitements afin qu'elle renonce à lancer sa contestation constitutionnelle, situation qui aurait également porté atteinte à l'indépendance de ces juges. Le juge de première instance a statué que la réduction des traitements violait l'al. 11d), mais il a donné une interprétation atténuée de la loi 22 pour que ce texte ne fasse que suspendre temporairement la rémunération et qu'il y ait paiement rétroactif une fois qu'il aurait cessé d'être en vigueur: (1994), 98 Man. R. (2d) 67, 30 C.P.C. (3d) 31, [1994] M.J. No. 646 (QL). La Cour d'appel a rejeté toutes les contestations fondées sur la Constitution: (1995), 102 Man. R. (2d) 51, 93 W.A.C. 51, 37 C.P.C. (3d) 207, 125 D.L.R. (4th) 149, 30 C.R.R. (2d) 326, [1995] 5 W.W.R. 641, [1995] M.J. No. 170 (QL). Les juges de la Cour provinciale, représentés par l'Association, se pourvoient maintenant devant notre Cour. J'ai formulé les questions constitutionnelles le 18 juin 1996. Ces questions sont reproduites à l'annexe D.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

(1) *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-*

Decision of the Appeal Division of the P.E.I. Supreme Court (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335

The *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* contains two questions; the text of the reference can be found in Appendix "A". The first question asks if the provincial legislature has the power to decrease, increase, or otherwise adjust the remuneration of judges of the P.E.I. Provincial Court either as part of an "overall public economic measure" or "in certain circumstances established by law". If the first question is answered in the affirmative, the second question must be answered. That question asks whether judges of the Provincial Court enjoy sufficient financial security for that court to be an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter* and any other such sections as may be applicable.

The judgment of the court was given by Mitchell J.A., who answered both questions in the affirmative. He began his judgment by sketching the factual background to the reference — that the salary reduction of judges of the Provincial Court occurred at a time when the provincial government "was faced with a severe deficit problem and saw an urgency to cutting its spending so as to get the Province's finances into acceptable order" (p. 337). Accordingly, he characterized the *Public Sector Pay Reduction Act*, the legislation whereby judges' salaries had been reduced, as a deficit reduction measure.

Mitchell J.A. then proceeded to canvass this Court's judgments in *Valente*, *Beauregard*, and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, to draw out the proposition that the provincial legislature had the authority to reduce the salary and benefits of Provincial Court judges if three conditions were met: the reduction was part of an "overall public economic measure", the reduction did not "remove the basic degree of financial security which is an essential condition" for judicial independence, and the reduction did not amount to "arbitrary interference with the judiciary in the sense that it [was]

Édouard: arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1994), 125 Nfld. & P.E.I.R. 335

23
Le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* comporte deux questions dont le texte est repris à l'annexe A. Dans la première, on demande si l'assemblée législative provinciale a le pouvoir de réduire, de hausser ou de modifier de quelque autre façon la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard soit dans le cadre d'une «mesure globale d'économie des deniers publics», soit «dans certaines circonstances prévues par la loi». Si la réponse à cette première question est affirmative, il faut alors passer à la seconde question, qui demande si les juges de la Cour provinciale jouissent d'une sécurité financière suffisante pour que cette cour constitue un tribunal indépendant et impartial aux sens de l'al. 11d) de la *Charte* et de toute autre disposition applicable.

24
Le jugement de la cour a été rendu par le juge Mitchell, qui a répondu aux deux questions par l'affirmative. Il a d'abord exposé le contexte factuel du renvoi — savoir que la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale était survenue à un moment où le gouvernement provincial [TRADUCTION] «faisait face à un grave problème de déficit et jugeait urgent de comprimer ses dépenses pour remettre les finances de la province dans un état acceptable» (p. 337). En conséquence, il a qualifié la *Public Sector Pay Reduction Act*, loi qui avait réduit les traitements des juges, de mesure de réduction du déficit.

25
Le juge Mitchell a ensuite examiné les arrêts de notre Cour *Valente*, *Beauregard* et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, et il en a tiré le principe que l'assemblée législative provinciale avait le pouvoir de réduire les traitements et autres avantages accordés aux juges de la Cour provinciale si trois conditions étaient réunies: la réduction s'inscrivait dans le cadre d'une [TRADUCTION] «mesure globale d'économie des deniers publics», elle n'«éliminait pas le degré fondamental de sécurité financière qui est une condition essentielle» de l'indépendance de la magistrature, et elle ne constituait pas une

being enacted for an improper or colourable purpose, or that it discriminate[d] against judges vis-à-vis other citizens” (p. 340). A public economic measure, he held, could include a general pay reduction for all those who hold public office, including judges. Furthermore, the change to judges’ salaries could not alter the basic requirement of financial security, that salaries be established by law and be beyond arbitrary interference by the government in a manner that could affect the independence of the individual judge.

26 Relying on this analysis, Mitchell J.A. gave the answer of a “qualified yes” to question 1. Legislatures were constitutionally competent to adjust judicial salaries, as long as they adhered to the requirements of s. 11(d).

27 Mitchell J.A. then turned to question 2, but characterized it as dealing not with the level of salary that judges receive, but rather with both the means which the provincial legislature had employed to reduce that salary and the reasons for that reduction. He concluded that judges of the P.E.I. Provincial Court were still independent for the purposes of s. 11(d), because of the circumstances surrounding the adoption of the *Public Sector Pay Reduction Act*. The Act had reduced their salaries as part of an overall public economic measure designed to meet a legitimate government objective. It was non-discriminatory in that it applied generally to virtually everyone paid from the public purse. Furthermore, after the salary reduction, the right of judges to their salaries remained established by law and was beyond arbitrary interference by the government. Finally, there was no evidence that the Act had been enacted for an improper or colourable purpose. Mitchell J.A. therefore answered “yes” to question 2.

«ingérence arbitraire dans les affaires de la magistrature en ce sens qu’elle aurait été prise dans un but malhonnête ou spécieux, ou que les juges étaient traités d’une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens» (p. 340). Une mesure d’économie des deniers publics, a-t-il conclu, pouvait inclure une réduction générale des traitements visant tous les titulaires de charges publiques, y compris les juges. Qui plus est, la modification apportée aux traitements de ceux-ci ne pouvait pas changer la condition fondamentale de la sécurité financière, c’est-à-dire que les traitements doivent être établis par la loi et protégés contre toute ingérence arbitraire du gouvernement susceptible de porter atteinte à l’indépendance des juges pris individuellement.

S’appuyant sur cette analyse, le juge Mitchell a répondu à la première question par un [TRADUCTION] «oui, assorti d’une réserve». Les législatures ont, en vertu de la Constitution, le pouvoir de modifier les traitements des juges, à condition de respecter les exigences de l’al. 11d).

Le juge Mitchell a ensuite abordé la question 2, précisant toutefois qu’elle ne portait pas sur le niveau du traitement reçu par les juges, mais plutôt sur le moyen qu’avait employé l’assemblée législative pour réduire le traitement et sur les motifs justifiant cette réduction. Il a conclu que les juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard étaient toujours indépendants au sens de l’al. 11d), étant donné les circonstances de l’édiction de la *Public Sector Pay Reduction Act*. La Loi avait réduit leurs traitements dans le cadre d’une mesure globale d’économie des deniers publics visant la réalisation d’un objectif légitime du gouvernement. Elle n’était pas discriminatoire puisqu’elle s’appliquait de façon générale à pratiquement toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. En outre, après la réduction des traitements, le droit des juges de toucher leur traitement continuait d’être prévu par la loi et d’être protégé contre les ingérences arbitraires du gouvernement. Finalement, aucune preuve n’a démontré que la Loi avait été édictée dans un but malhonnête ou spécieux. Le juge Mitchell a donc répondu «oui» à la question 2.

(2) Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island: Decision of the Appeal Division of the P.E.I. Supreme Court (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29

(a) *Introduction*

This reference consists of eight questions, which can be found in Appendix "B". In this paragraph, I will outline the structure and content of these questions. The first question is framed in general terms, and asks the court to determine whether judges of the P.E.I. Provincial Court have sufficient security of tenure, institutional independence, and financial security to constitute an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*. The next three questions (questions 2, 3, and 4) ask whether specific provisions of the legislation governing Provincial Court judges (the *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25), particular amendments thereto, and the organization and operation of the provincial court system in the province undermine the security of tenure (question 2), institutional independence (question 3), and financial security (question 4) of Provincial Court judges. Question 5 is a residual question, which asks if there is any other factor or combination of factors which undermines the independence of judges of the P.E.I. Provincial Court. Question 6 asks whether s. 11(d) of the *Charter* requires Provincial Court judges to have the same level of remuneration as superior court judges. Question 7 is predicated upon an affirmative answer to question 6, and asks in what particular respect or respects it would be necessary to provide the same level of remuneration to the two groups of judges. Question 8 asks whether the violations of s. 11(d), if any, can be justified under s. 1 of the *Charter*.

(b) *Statement of Facts*

Appended to the second reference is a lengthy statement of facts. According to the terms of the reference, this Court is expected to have regard to

(2) Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard: arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 29

(a) *Introduction*

Ce renvoi comporte huit questions, reproduites à l'annexe B. Je vais, dans le présent paragraphe, donner un aperçu de l'organisation et du contenu de ces questions. La première, qui est rédigée en termes généraux, demande à la cour de décider si les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard jouissent d'un degré suffisant d'inamovibilité, d'indépendance institutionnelle et de sécurité financière pour constituer un tribunal indépendant et impartial aux sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Les trois questions suivantes (2, 3 et 4) demandent si certaines dispositions de la loi régissant les juges de la Cour provinciale (la *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25) et les modifications particulières apportées à celle-ci, ainsi que l'organisation et le fonctionnement de la Cour provinciale portent atteinte à l'inamovibilité (question 2), à l'indépendance institutionnelle (question 3) et à la sécurité financière (question 4) des juges de la Cour provinciale. La question 5 est une question résiduelle, qui demande s'il existe quelque autre facteur ou combinaison de facteurs minant l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. La question 6 demande si l'al. 11d) de la *Charte* a pour effet d'exiger que les juges des cours provinciales aient droit au même niveau de traitement que les juges des cours supérieures. La question 7, qui doit être tranchée en cas de réponse affirmative à la question 6, demande d'indiquer en quoi il serait nécessaire d'accorder le même niveau de traitement aux deux groupes de juges. Enfin, la question 8 demande si les violations de l'al. 11d), s'il en est, peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

(b) *Exposé des faits*

Un long exposé des faits est joint au second renvoi. Aux termes du renvoi, notre Cour est censée tenir compte de cet exposé des faits pour répondre

this statement of facts in answering questions 1, 2, 3, 4 and 5. It is therefore necessary to give an account of what that statement of facts says.

30 The statement of facts begins by adverting to the concern about the state of judicial independence in the P.E.I. Provincial Court, following the enactment of the *Public Sector Pay Reduction Act*. The degree of concern is indicated by the fact that over 70 cases before the Provincial Court were adjourned to allow defendants to apply to the Supreme Court of P.E.I. for a determination of the independence of Provincial Court judges. At the time of the issuing of the reference, 20 such cases were pending before the P.E.I. Supreme Court.

31 The statement of facts then proceeds to explain how judges of the P.E.I. Provincial Court are remunerated. At the time of this reference, the three members of the Provincial Court of P.E.I. were paid an annual salary of \$98,243. The statement of facts also contrasts the salaries of Provincial Court judges with the per capita income averages across Canada and in P.E.I., and provides some data on income distribution within a number of provinces, including P.E.I. These statistics convey the general impression that Provincial Court judges in P.E.I., even after the salary reductions, are paid very well relative to the population as a whole, particularly in P.E.I.

32 The statement of facts then moves on to discuss the manner in which the salaries of judges of the Provincial Court of P.E.I. are set. Until the mid-1980s, the salaries of Provincial Court judges were established by the Executive Council (i.e., the cabinet) of P.E.I., after informal consultations by the Attorney General and the Deputy Attorney General with the judges. It was customary for Provincial Court judges to receive the same salary increases as senior members of the public sector, whose salary increases were in turn generally "in line" with those increases received by other public sector employees. However, in 1986-87, the government commissioned a report by Professor Wade

aux questions 1, 2, 3, 4 et 5. Il est donc nécessaire de faire état de son contenu.

Il y est d'abord question de l'inquiétude pour l'indépendance de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard qu'a suscitée l'édiction de la *Public Sector Pay Reduction Act*. L'ampleur de cette inquiétude ressort du fait que plus de 70 affaires dont était saisie la Cour provinciale ont été ajournées afin de permettre aux accusés de demander à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard de statuer sur l'indépendance des juges de la Cour provinciale. À la date du renvoi, 20 de ces affaires étaient pendantes devant la Cour suprême de la province.

L'exposé des faits comporte ensuite des explications sur la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. À la date du renvoi, les trois membres de cette cour touchaient un traitement annuel de 98 243 \$. L'exposé des faits compare aussi le traitement des juges de la Cour provinciale et le revenu moyen par habitant au Canada et à l'Île-du-Prince-Édouard, et fait état de données sur la répartition des revenus dans certaines provinces, dont l'Île-du-Prince-Édouard. L'impression générale qui ressort de ces statistiques est que, même après la réduction de leur traitement, les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard sont très bien rétribués par comparaison avec la population dans son ensemble, en particulier avec celle de l'Île-du-Prince-Édouard.

L'exposé des faits indique ensuite la manière dont sont fixés les traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Jusqu'au milieu des années 1980, ces traitements étaient établis par le conseil exécutif (c'est-à-dire le cabinet) de l'Île-du-Prince-Édouard, après consultation informelle des juges par le procureur général et le sous-procureur général. Il était d'usage d'accorder aux juges de la Cour provinciale les mêmes augmentations de traitement qu'aux hauts fonctionnaires, dont les hausses de salaires «correspondaient» généralement à celles obtenues par les autres employés du secteur public. Toutefois, en 1986-1987, le gouvernement a demandé au profes-

MacLauchlan to examine the remuneration of Provincial Court judges. The report's recommendation that Provincial Court judges' salaries should be equal to the average of provincial court judges' salaries across Canada, was implemented through an amendment to the *Provincial Court Act* in 1988 (*An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1988, c. 54).

The statement of facts then goes on to discuss how the government arrived at the conclusion that it should reduce its provincial deficit. The basic thrust is that the province's annual deficit in the early 1990s had been significantly greater than expected. As a result, the province had sought to control the provincial deficit through salary reductions, culminating in the *Public Sector Pay Reduction Act*. The statement notes that in the years before the enactment of the Act, there had been discussions between the judges of the P.E.I. Provincial Court and the government in which the judges agreed to a pay reduction and then a salary freeze. As well, immediately before the enactment of the Act, the government had indicated a willingness to discuss alternative measures whereby the reduction in remuneration envisioned by the Act could be achieved with the judges. The statement acknowledges that Chief Judge Plamondon indicated his desire to meet with the government; however, for reasons not explained, the requested meeting did not take place.

The next portion of the statement of facts seeks to explain the role of the provincial government in the administration of the P.E.I. Provincial Court. The picture which emerges is that administrators make many of the important day-to-day decisions at the court, including those which directly affect the working conditions of judges (e.g., the hiring, dismissal, setting of work hours, and management of sick leaves of staff), and also ensure that the Provincial Court operates within a budget set by the province. However, Provincial Court judges have discretion with respect to the hours of their work, holidays and time off, continuing legal education, and the setting and maintaining control and

seur Wade MacLauchlan de préparer un rapport sur les traitements des juges de la Cour provinciale. La recommandation de ce dernier d'accorder aux juges de la Cour provinciale des traitements égaux au traitement moyen des juges des cours provinciales de l'ensemble du pays a été mise en application par une modification apportée en 1988 à la *Provincial Court Act* (*An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1988, ch. 54).

L'exposé des faits examine ensuite le contexte dans lequel le gouvernement provincial est arrivé à la conclusion qu'il devait réduire son déficit. Le principal facteur était que, au début des années 1990, le déficit annuel avait été beaucoup plus élevé que prévu. La province a donc cherché à lutter contre ce déficit par des compressions salariales, qui ont abouti à l'édiction de la *Public Sector Pay Reduction Act*. On note dans l'exposé, que durant les années qui ont précédé l'édiction de la Loi, il y avait eu, entre les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et le gouvernement, des discussions au cours desquelles les premiers avaient consenti à une réduction, puis à un blocage de leurs traitements. En outre, immédiatement avant l'édiction de la Loi, le gouvernement avait indiqué être disposé à discuter de mesures de rechange permettant de réaliser, de concert avec les juges, les réductions de traitements prévues par la Loi. L'exposé mentionne le fait que le juge en chef Plamondon a dit souhaiter rencontrer le gouvernement. Toutefois, pour des raisons inexplicables, la rencontre demandée n'a pas eu lieu.

La partie suivante de l'exposé des faits explique le rôle du gouvernement provincial dans l'administration de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. L'image qui s'en dégage est que les administrateurs prennent bon nombre des décisions importantes touchant l'administration courante de la cour, y compris celles qui influent directement sur les conditions de travail des juges (par exemple, l'embauchage et le renvoi du personnel, l'établissement des heures de travail et la gestion des congés de maladie), et qu'ils veillent à ce que la Cour provinciale respecte le budget fixé par la province. Toutefois, les juges de la Cour provinciale décident de leurs heures de travail, de

33

34

operation of their own schedules and dockets. Collectively, they assign dockets, arraignment days and courtrooms for cases. As well, a government official, the Director of Legal and Judicial Services, represents the Attorney General on a committee consisting of the Chief Justices of the P.E.I. Supreme Court Appeal and Trial Divisions and the Chief Judge of the Provincial Court. This committee meets periodically to discuss general administration and budgeting issues for the court system.

leurs vacances et autres périodes de repos, de leurs activités de formation permanente ainsi que de l'établissement et du contrôle de leurs horaires et rôles d'audience. Ensemble, ils se répartissent les dossiers, les jours réservés aux interpellations et les salles d'audience. De plus, un fonctionnaire, le directeur des services juridiques et judiciaires, représente le procureur général au sein d'un comité formé des juges en chef des sections d'appel et de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard et du juge en chef de la Cour provinciale. Ce comité se réunit périodiquement pour discuter de questions générales de nature administrative et budgétaire concernant le système judiciaire.

35 The last portion of the statement of facts sheds some light on the role of then Chief Judge Plamondon. It appears that Chief Judge Plamondon sought and was granted intervener status for the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, and retained counsel. However, although his legal fees were initially paid for by the Legal Aid Plan, which assured him that it would continue to do so, he was subsequently denied legal aid, apparently according to the direct orders of the Attorney General of P.E.I. A motion for government funded counsel before the Appeal Division failed. The then Chief Judge subsequently withdrew as an intervener in that reference. He has since retired.

La dernière partie de l'exposé des faits donne certains renseignements sur le rôle du juge en chef d'alors, le juge Plamondon. Il semble que ce dernier a demandé et obtenu la qualité d'intervenant dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, et qu'il a retenu à cette fin les services d'un avocat. Cependant, bien que ses frais d'avocat lui aient d'abord été payés par le régime d'aide juridique, qui lui avait assuré qu'il continuerait de les payer, il s'est vu plus tard refuser l'aide juridique, apparemment sur ordre direct du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard. Une requête sollicitant les services d'un avocat payé par le gouvernement a été rejetée par la Section d'appel. Le juge en chef s'est par la suite désisté de son intervention dans ce renvoi. Il a pris sa retraite depuis.

(c) *Question 1*

36 As I mentioned above, question 1 asks in general terms if judges of the P.E.I. Provincial Court enjoy sufficient security of tenure, financial security, and administrative independence for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*. Mitchell J.A., speaking for the Appeal Division, answered "no", but solely on the ground that Provincial Court judges lacked sufficient security of tenure. The lack of security of tenure arose as a result of s. 10 of the *Provincial Court Act*, which provided for the removal of Provincial Court judges by the Lieutenant Governor in Council. According to Mitchell J.A., the effect of the provision was to allow the

(c) *Question 1*

Comme je l'ai mentionné précédemment, la première question demande, en termes généraux, si les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard jouissent d'un degré suffisant d'inamovibilité, de sécurité financière et d'indépendance administrative pour l'application de l'al. 11d) de la *Charte*. S'exprimant pour la Section d'appel, le juge Mitchell a répondu «non», mais seulement pour le motif que les juges de la Cour provinciale ne jouissaient pas d'une inamovibilité suffisante. L'insuffisance de l'inamovibilité découlait de l'art. 10 de la *Provincial Court Act*, qui habilitait le lieutenant-gouverneur en conseil à révoquer les

removal of a judge without an independent inquiry to establish cause, in circumstances where a judge was suspended because the Lieutenant Governor in Council had "reason to believe that a judge" was "guilty of misbehaviour or" was "unable to perform his duties properly", and the judge did not request an inquiry. Relying on *Valente*, Mitchell J.A. held that s. 10 undermined judicial independence, which requires that a judge be removable only for cause, and in all circumstances that the cause be subject to independent review.

(d) *Question 2*

Question 2 raises a series of questions about security of tenure. Mitchell J.A. grouped questions 2(a), (d), and (e) together, and answered "no" to all three questions. Question 2(a) asks whether the pension provision in s. 8(1)(c) of the *Provincial Court Act* infringes the judges' security of tenure; question 2(d) asks whether s. 12(2) of the Act, which confers a discretion on the Lieutenant Governor in Council to grant a leave of absence to a Provincial Court judge, infringes security of tenure; question 2(e) asks the same question, but with respect to a similar provision of the Act which governed sabbatical leaves (s. 13). In answering in the negative, Mitchell J.A. stated (at p. 51) that "[s]imilar and, in some instances, even less ideal measures were in issue in *Valente*" but were nevertheless upheld by this Court.

Mitchell J.A. also answered "no" to questions 2(b) and 2(c). Question 2(b) asks whether security of tenure had been affected by changes to the remuneration of P.E.I. Provincial Court judges; Mitchell J.A. held that this question had already been answered in the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*. Question 2(c) queries the constitutionality of the provisions in the *Provincial Court*

judges de la Cour provinciale. Selon le juge Mitchell, cette disposition avait pour effet d'autoriser la révocation d'un juge sans tenue d'une enquête indépendante visant à établir l'existence d'un motif valable, dans les cas où le juge est suspendu parce que le lieutenant-gouverneur en conseil a [TRADUCTION] «des raisons de croire que le juge» s'est rendu «coupable de mauvaise conduite ou» est «incapable d'exercer convenablement ses fonctions», et que le juge n'a pas demandé la tenue d'une enquête. S'appuyant sur l'arrêt *Valente*, le juge Mitchell a statué, d'une part, que l'art. 10 portait atteinte à l'indépendance de la magistrature, laquelle commande qu'un juge ne puisse être révoqué que pour un motif valable, et, d'autre part, que dans tous les cas ce motif devait faire l'objet d'un examen indépendant.

(d) *Question 2*

Cette question soulève une série de questions touchant l'inamovibilité. Le juge Mitchell a réuni les questions 2a), d) et e), et a répondu «non» à ces trois questions. La question 2a) demande si la disposition relative aux pensions de l'al. 8(1)c) de la *Provincial Court Act* porte atteinte à l'inamovibilité des juges; la question 2d), demande si le par. 12(2) de la Loi, qui confère au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d'accorder un congé à un juge de la Cour provinciale, porte atteinte à l'inamovibilité; la question 2e) pose la même question, mais à l'égard d'une disposition analogue de la Loi, qui régissait les congés sabbatiques (art. 13). Répondant par la négative, le juge Mitchell a affirmé (à la p. 51) que [TRADUCTION] «[d]es mesures analogues et, dans certains cas, encore plus imparfaites, étaient en litige dans *Valente*», mais avaient néanmoins été maintenues par notre Cour.

Le juge Mitchell a également répondu «non» aux questions 2b) et 2c). La question 2b) demande s'il a été porté atteinte à l'inamovibilité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard par les modifications apportées à leurs traitements. Le juge Mitchell a estimé que la réponse à cette question avait déjà été donnée dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. La question 2c)

Act governing the disciplining and removal of Provincial Court judges, which Mitchell J.A. discussed under question 1. As a result, he held that this question had already been addressed.

39 Question 2(f) asks whether future alterations to the pension provisions in s. 8 of the *Provincial Court Act*, which increased or decreased pension benefits, changed the contributions payable by the government and judges of the P.E.I. Provincial Court, increased or decreased the years of service required to be entitled to a pension, or increased or decreased the indexing of pension benefits or provided for the use of some alternative index, would infringe upon security of tenure. Mitchell J.A. held, relying on *Beauregard*, that unless such alterations were enacted for an improper or colourable purpose, or were discriminatory *vis-à-vis* other citizens, they would be constitutional.

40 Finally, Mitchell J.A. gave a negative answer to question 2(g), which asks whether setting the salaries of Provincial Court judges in P.E.I. at the average of the remuneration of provincial court judges in the other Atlantic provinces (Nova Scotia, New Brunswick, and Newfoundland) violates security of tenure. He simply stated that this method for calculating remuneration had no bearing on judicial independence and impartiality.

(e) *Question 3*

41 Question 3 poses a series of questions regarding the institutional independence of the P.E.I. Provincial Court. He grouped questions 3(a), (b), (c), (d), (f), and (g), together, and answered “no”, because they addressed matters which did not bear immediately and directly on the court’s adjudicative function. These questions ask whether the following matters undermine the institutional independence

porte sur la constitutionnalité des dispositions de la *Provincial Court Act* régissant les mesures disciplinaires et la révocation des juges de la Cour provinciale, que le juge Mitchell avait déjà examinées à la première question. En conséquence, il a décidé que cette question avait déjà été tranchée.

La question 2f) demande si des modifications futures aux dispositions relatives aux pensions prévues par l’art. 8 de la *Provincial Court Act*, qui auraient pour effet de majorer ou de diminuer les prestations de retraite, de changer le montant des cotisations payables par le gouvernement et les juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard, d’augmenter ou de diminuer le nombre d’années de service ouvrant droit à des crédits de pension, ou encore de hausser ou de diminuer le taux d’indexation des prestations de retraite ou de fixer l’utilisation d’un autre indice, porteraient atteinte à l’inamovibilité. S’appuyant sur l’arrêt *Beauregard*, le juge Mitchell a statué que, à moins que de telles modifications soient édictées dans un but malhonnête ou spécieux, ou qu’elles aient pour effet de créer de la discrimination *vis-à-vis* d’autres citoyens, elles seraient jugées constitutionnelles.

Enfin, le juge Mitchell a répondu par la négative à la question 2g), qui demande si le fait de fixer les traitements des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard en fonction de la rémunération moyenne des juges des autres provinces de l’Atlantique (Nouvelle-Écosse, Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve) viole la garantie d’inamovibilité. Il a simplement dit que cette méthode de calcul de la rémunération n’avait aucune incidence sur l’indépendance et l’impartialité de la magistrature.

(e) *Question 3*

La question 3 comporte une série de questions touchant l’indépendance institutionnelle de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard. Le juge Mitchell a regroupé les questions 3a), b), c), d), f) et g) et a répondu «non» à celles-ci, pour le motif qu’elles concernaient des aspects qui n’avaient pas de rapport direct ou immédiat avec la fonction juridictionnelle de la cour. Ces questions demandent si

of the Provincial Court: the location of the Provincial Courts in relation to the offices of superior courts, legal aid offices, Crown Attorneys' offices, and the offices of the representatives of the Attorney General (question 3(a)); the fact that the judges do not administer the budget of the court (question 3(b)); the designation of a place of residence of a particular Provincial Court judge (question 3(c)); communication between a Provincial Court judge, the Director of Legal and Judicial Services in the Office of the Attorney General or the Attorney General on issues relating to the administration of justice (question 3(d)); the denial of legal aid to Chief Judge Plamondon in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (question 3(f)); and a regulation enacted pursuant to the *Public Sector Pay Reduction Act* in order to clarify that Provincial Court judges did not fall within those provisions of the Act which allow public sector employees to negotiate alternatives to simple pay reductions (question 3(g)).

Mitchell J.A. also answered question 3(e) in the negative. That question asks whether the vacancy of the position of Chief Judge undermined the institutional independence of the P.E.I. Provincial Court. Mitchell J.A. held that as long as the duties of the Chief Judge which bore upon the administrative independence of the court were not exercised by persons other than judges of that court, institutional independence was not compromised.

(f) *Question 4*

Question 4 poses a series of questions regarding the financial security of judges of the Provincial Court. Mitchell J.A. answered question 4(a) in the negative, referring to his judgment in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*. This question asks whether a general pay reduction for all persons paid from the public purse which is enacted by the provincial

les aspects suivants minent l'indépendance institutionnelle de la Cour provinciale: l'emplacement des locaux de la Cour provinciale par rapport à ceux des tribunaux supérieurs, de l'Aide juridique, des substituts du procureur général et des représentants du procureur général (question 3a)); le fait que les juges ne gèrent pas le budget de la cour (question 3b)); la désignation du lieu de résidence des juges de la Cour provinciale (question 3c)); la communication entre un juge de la Cour provinciale, le directeur des services juridiques et judiciaires du bureau du procureur général ou le procureur général au sujet de questions touchant l'administration de la justice (question 3d)); le refus d'accorder l'aide juridique au juge en chef Plamondon dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (question 3f)); le règlement pris en application de la *Public Sector Pay Reduction Act* pour préciser que les juges de la Cour provinciale ne sont pas visés par les dispositions de la Loi qui permettent aux employés du secteur public de négocier d'autres mesures que de simples réductions de traitement (question 3g)).

Le juge Mitchell a aussi répondu par la négative à la question 3e). Dans cette question, on demande si le fait que le poste de juge en chef était vacant portait atteinte à l'indépendance institutionnelle de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Le juge Mitchell a conclu que, dans la mesure où les fonctions du juge en chef ayant trait à l'indépendance administrative de la Cour n'étaient pas exercées par d'autres personnes que les juges de la Cour, l'indépendance institutionnelle n'était pas compromise.

(f) *Question 4*

La question 4 comporte une série de questions concernant la sécurité financière des juges de la Cour provinciale. Le juge Mitchell a répondu par la négative à la question 4a), se référant à son jugement dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. Cette question demande si la réduction générale des traitements de toutes les personnes

legislature infringes on the financial security of the members of the court.

payées sur les fonds publics, qui a été édictée par l'assemblée législative, porte atteinte à la sécurité financière des membres de la cour.

44

Mitchell J.A. then grouped questions 4(b), (c), (d), (e), (f), (g), (i), (j) and (k) together, and answered "no" to all of them, merely stating that he was relying on the authorities cited by counsel, including *Valente*, and *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796. These questions ask about the effect on the financial security of the P.E.I. Provincial Court of: a remuneration freeze for all persons paid from the public purse, including Provincial Court judges (question 4(b)); the fact that Provincial Court judges' salaries are not automatically adjusted annually to account for inflation (question 4(c)); the ability of Provincial Court judges to negotiate any aspect of their remuneration (question 4(d)); the fact that the formula for establishing the salaries of Provincial Court judges allows the legislative assemblies of other provinces to establish the salaries of P.E.I. Provincial Court judges (question 4(e)); the conferral of a discretion by s. 12(2) of the *Provincial Court Act* on the Lieutenant Governor in Council to grant a leave of absence for illness to Provincial Court judges (question 4(f)); a provision conferring a similar discretion to provide sabbatical leave (question 4(g)); the amendment of the formula to determine the salaries of Provincial Court judges by the *Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1994, c. 49, which provides that the salary of judges of the P.E.I. Provincial Court shall be the average of the salaries of provincial court judges in Nova Scotia, New Brunswick and Newfoundland on April 1 of the preceding year (question 4(i)); the denial of legal aid to Chief Judge Plamondon for his intervention in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* (question 4(j)); and a regulation enacted pursuant to the *Public Sector Pay Reduction Act* in order to clarify that Provincial Court judges did not fall within those provisions of the Act which

Le juge Mitchell a ensuite réuni les questions 4b), c), d), e), f), g), i), j) et k) et a répondu «non» à chacune d'elles, disant simplement qu'il s'appuyait sur la jurisprudence citée par les avocats, notamment *Valente* et *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796. Ces questions concernent l'incidence des aspects énumérés ci-après sur la sécurité financière des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard: le blocage des traitements de toutes les personnes payées sur les fonds publics, y compris les juges de la Cour provinciale (question 4b)); le fait que les traitements de ces derniers ne sont pas indexés automatiquement, chaque année, pour tenir compte de l'inflation (question 4c)); la possibilité pour les juges de la Cour provinciale de négocier les divers aspects de leurs traitements (question 4d)); le fait que la formule utilisée pour établir les traitements de ces juges permet dans les faits aux assemblées législatives d'autres provinces de fixer les traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (question 4e)); le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 12(2) de la *Provincial Court Act* au lieutenant-gouverneur en conseil d'accorder un congé de maladie aux juges de la Cour provinciale (question 4f)); la disposition conférant un tel pouvoir relativement aux congés sabbatiques (question 4g)); la modification de la formule servant à déterminer les traitements des juges de la Cour provinciale par l'*Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1994, ch. 49, qui établit que le traitement des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard sera égal au traitement moyen payé aux juges des cours provinciales de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve le 1^{er} avril de l'exercice précédent (question 4i)); le refus d'accorder l'aide juridique au juge en chef Plamondon pour son intervention dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* (question 4j)); le règlement pris en application de la *Public Sector Pay Reduction Act* pour préciser que les juges de la Cour provinciale ne sont pas visés par les disposi-

allow public sector employees to negotiate alternatives to simple pay reductions (question 4(k)).

Finally, Mitchell J.A. held that he had already answered question 4(h), which deals with potential alterations to pension provisions identical to those raised by question 2(f).

(g) *Question 5*

Mitchell J.A. declined to answer this question, which asks if there is any other factor or combination of factors which undermines the independence of judges of the P.E.I. Provincial Court, because it was too nonspecific.

(h) *Question 6*

Question 6 asks whether s. 11(d) of the *Charter* requires that provincial court judges be entitled to the same level of remuneration as superior court judges. Simply stating that he was relying on *Valente* and *Généreux*, Mitchell J.A. answered “no”.

(i) *Question 7*

Question 7 is predicated on an affirmative answer to question 6. Given his answer to question 6, Mitchell J.A. found it unnecessary to answer this question.

(j) *Question 8*

Question 8 asks whether the infringements of s. 11(d) of the *Charter*, if there are any, are justified under s. 1. Mitchell J.A. held that they could not be, because to try a person charged with an offence before a tribunal which was not independent and impartial “would be completely incompatible with the notion of a free and democratic society” (p. 55).

B. R. v. Campbell, R. v. Ekmecic and R. v. Wickman

tions de la Loi qui permettent aux employés du secteur public de négocier d’autres mesures que de simples réductions de traitement (question 4k)).

Enfin, le juge Mitchell a conclu qu’il avait déjà répondu à la question 4h), qui porte sur d’éventuelles modifications aux dispositions concernant les pensions, identiques à celles visées à la question 2f).

(g) *Question 5*

Le juge Mitchell s’est abstenu de répondre à cette question, qui demande s’il existe quelque autre facteur ou combinaison de facteurs portant atteinte à l’indépendance des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard, la jugeant trop vague.

(h) *Question 6*

La question 6 demande si l’al. 11d) de la *Charte* exige que les juges des cours provinciales aient droit au même niveau de rémunération que les juges des cours supérieures. Disant simplement qu’il s’appuyait sur les arrêts *Valente* et *Généreux*, le juge Mitchell a répondu «non».

(i) *Question 7*

Comme la question 7 doit être tranchée uniquement en cas de réponse affirmative à la question 6, vu la réponse qu’il avait donnée à cette question, le juge Mitchell a estimé inutile de répondre à la question 7.

(j) *Question 8*

La question 8 demande si les violations de l’al. 11d) de la *Charte*, s’il en est, peuvent être justifiées en vertu de l’article premier. Le juge Mitchell a statué qu’elles ne pouvaient pas l’être, parce qu’il [TRADUCTION] «serait complètement incompatible avec le principe d’une société libre et démocratique» (p. 55) qu’une personne inculpée d’une infraction soit jugée par un tribunal qui n’est pas indépendant et impartial.

B. R. c. Campbell, R. c. Ekmecic et R. c. Wickman

45

46

47

48

49

(1) Decision of the Court of Queen's Bench of Alberta (1994), 160 A.R. 81

50 The Alberta Court of Queen's Bench, *per* McDonald J., addressed all three aspects of judicial independence: financial security, security of tenure, and institutional independence. McDonald J. found that each of these aspects of judicial independence was lacking in the Alberta Provincial Court. I confine my description of his judgment to those issues which were pursued on appeal.

(a) *Financial Security*

51 McDonald J. first considered the constitutional contours of s. 11(d), as they pertained to reductions in the salaries of judges. His analysis proceeded in three stages. First, relying on the preamble to and s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, he concluded that the salaries of superior court judges, once ascertained and established, may not be reduced, either through a direct reduction or by the failure to adjust those salaries to keep pace with inflation, and that the same level of protection should apply to provincial court judges. Second, he arrived at the same conclusion by reference to the purposes of s. 11(d). Third, despite the general rule against reductions in judges' salaries, he accepted that judges' salaries could be reduced by an "overall economic measure".

52 McDonald J. held that the salaries of superior court judges could not be reduced, either through a direct reduction or by the failure to maintain the real value of those salaries, on the basis of a number of different sources. One source was the British Constitution. In his opinion, the principle that judges' salaries could not be reduced was a constitutional rule in the United Kingdom, which had been established by the *Act of Settlement of 1701*, 12 & 13 Will. 3, c. 2, and the *Commissions and Salaries of Judges Act of 1760*, 1 Geo. 3, c. 23, and which had in turn become part of the Canadian Constitution through the operation of the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which states that

(1) La décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (1994), 160 A.R. 81

Le juge McDonald de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a examiné les trois aspects de l'indépendance de la magistrature: la sécurité financière, l'inamovibilité et l'indépendance institutionnelle. Il a conclu que, sous chacun de ces trois aspects, la Cour provinciale de l'Alberta n'était pas indépendante. Dans mon résumé de ce jugement, je vais m'en tenir aux questions qui ont été débattues en appel.

(a) *La sécurité financière*

Le juge McDonald a d'abord étudié les contours constitutionnels des dispositions de l'al. 11d) touchant la réduction des traitements des juges. Son analyse comprend trois étapes. Premièrement, s'appuyant sur le préambule et l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il a conclu, d'une part, que les traitements des juges des cours supérieures, une fois fixés et établis, ne peuvent pas être réduits, soit par réduction directe, soit par défaut de les rajuster pour tenir compte de l'inflation, et, d'autre part, que le même degré de protection devrait s'appliquer aux traitements des juges des cours provinciales. Deuxièmement, il a tiré la même conclusion en se référant aux objectifs visés par l'al. 11d). Troisièmement, malgré la règle générale interdisant la réduction des traitements des juges, il a accepté que ces traitements pouvaient être réduits par une [TRADUCTION] «mesure économique générale».

S'appuyant sur diverses sources, le juge McDonald a statué que les traitements des juges des cours supérieures ne pouvaient pas être réduits, soit par réduction directe soit par défaut de maintenir la valeur réelle de ces traitements. Une de ces sources est la Constitution britannique. À son avis, le principe que les traitements des juges des cours supérieures ne peuvent pas être réduits était une règle constitutionnelle au Royaume-Uni, qui avait été établie par l'*Act of Settlement* de 1701, 12 & 13 Will. 3, ch. 2, et le *Commissions and Salaries of Judges Act* de 1760, 1 Geo. 3, ch. 23, puis incorporée à la Constitution canadienne par l'effet du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel

Canada has a constitution “similar in Principle to that of the United Kingdom”.

Another source was s. 100 of the *Constitution Act, 1867*. McDonald J. made two arguments here. His first argument relied on the text of s. 100, which provides that superior court judges’ salaries shall be “fixed” by Parliament. McDonald J. interpreted “fixed” to be equivalent to “cannot be reduced” (p. 122). He buttressed this argument with a second — that *Beauregard* had already held that judges’ salaries could not be reduced.

Having concluded that superior court judges’ salaries could not be reduced, McDonald J. held that the same rule should apply to provincial court judges’ salaries. He reasoned that if provincial court judges received a lesser degree of constitutional protection, accused persons who appeared before them might have the impression that they were receiving second-class justice. McDonald J. appreciated the difficulty with this holding — that it contradicts language in *Valente* which suggests that s. 11(d) does not automatically provide the same degree of protection for the independence of provincial court judges as the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* provide to superior court judges. McDonald J., however, confined the scope of *Valente*, holding that it had only considered the means whereby judges’ salaries are set, not the substantive issue of what level of remuneration judges are entitled to.

McDonald J. also arrived at the conclusion that the salaries of provincial court judges could not be reduced by an entirely different route — through a purposive analysis of s. 11(d). In his view, there are two purposes behind the guarantee of judicial independence in s. 11(d): to promote judicial productivity, since judges with a sense of financial security are “more likely to work above and beyond the call of duty” (p. 130), and to recruit to the bench “lawyers of great ability and first-class

dit que le Canada a une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

Une autre source est l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge McDonald a avancé deux arguments sur ce point. Le premier est fondé sur le texte de cet article, qui dit que les traitements des juges des cours supérieures seront «fixés» par le Parlement. Pour le juge McDonald, le mot «fixés» est synonyme de [TRADUCTION] «ne peuvent pas être réduits» (p. 122). Il a renforcé cet argument par un second — savoir que l’arrêt *Beauregard* a déjà décidé que les traitements des juges ne peuvent pas être réduits.

Ayant conclu que les traitements des juges des cours supérieures ne pouvaient pas être réduits, le juge McDonald a statué que la même règle devait s’appliquer à ceux des juges des cours provinciales. Il a raisonné que si ces derniers bénéficiaient d’un degré de protection constitutionnelle moins élevé, les accusés comparaissant devant eux pourraient avoir l’impression d’obtenir une justice de second ordre. Le juge McDonald était conscient de la difficulté que posait cette conclusion — savoir qu’elle contredit les observations faites dans *Valente*, qui suggèrent que l’al. 11d) n’accorde pas automatiquement aux juges des cours provinciales le même degré de protection, en ce qui concerne leur indépendance, que celle accordée aux juges des cours supérieures par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature. Le juge McDonald a cependant limité la portée de *Valente*, concluant que, dans cet arrêt, on n’avait examiné que le mécanisme de fixation des traitements des juges, et non la question substantielle de savoir quel est le niveau de rémunération auquel les juges ont droit.

Le juge McDonald a également emprunté un cheminement tout à fait différent pour arriver à la conclusion que les traitements des juges des cours provinciales ne pouvaient pas être réduits — c’est-à-dire par une analyse de l’objet de l’al. 11d). Selon lui, la garantie d’indépendance de la magistrature prévue à l’al. 11d) vise deux objectifs: favoriser la productivité des juges, car des juges qui sentent qu’ils bénéficient de la sécurité financière sont [TRADUCTION] «davantage susceptibles

53

54

55

reputation” (p. 131). Reductions in judges’ salaries were prohibited by s. 11(d), in his opinion, because they undermined those purposes.

56 Although McDonald J. articulated a general rule against the reduction of judges’ salaries, he accepted that judges’ salaries could be reduced as part of an overall economic measure. However, he defined that exception in very narrow terms, so that judges’ salaries could be reduced only by a general income tax or “a graduated income tax which is applicable overall to all citizens who are at the same level of earnings” (p. 138). In support, he cited *Beauregard*, where the pension scheme at issue was similar to other pension schemes which had been established for a substantial number of other Canadians.

57 Applying these principles to the facts of the case before him, McDonald J. declared the 5 percent salary reduction for judges of the Alberta Provincial Court brought about by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, to be unconstitutional. Although his reasoning is not entirely clear on this point, it seems that the reduction fell afoul of s. 11(d) because it was not an overall economic measure — it only applied to Provincial Court judges. In addition, he found that the government’s failure to increase judges’ salaries in accordance with increases in the cost of living violated judges’ financial security, because it amounted to a *de facto* reduction.

58 However, McDonald J. rejected a challenge to s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, which provides that the Lieutenant Governor in Council “may make regulations . . . fixing the salaries to be paid to judges”. That provision had been challenged because it was permissive and did not require salaries to be provided, because it did not prevent the executive branch from decreasing sala-

de ne pas se limiter à leur strict devoir» (p. 130); attirer à la magistrature [TRADUCTION] «des avocats possédant une très grande compétence et une excellente réputation» (p. 131). L’alinéa 11d), a-t-il estimé, interdit de réduire les traitements des juges, parce que de telles réductions vont à l’encontre de ces objectifs.

Bien que le juge McDonald ait formulé une règle générale interdisant la réduction des traitements des juges, il a admis que ceux-ci pouvaient être réduits dans le cadre d’une mesure économique générale. Toutefois, il a exprimé cette exception en termes très restrictifs, affirmant que les traitements des juges ne pouvaient être réduits que par un impôt général sur le revenu ou par [TRADUCTION] «un impôt progressif sur le revenu applicable à l’ensemble des contribuables touchant le même niveau de revenus» (p. 138). Au soutien de cette affirmation, il a cité *Beauregard*, où le régime de pensions en cause était semblable à d’autres régimes de pensions établis pour un grand nombre d’autres Canadiens.

Appliquant ces principes aux faits de l’affaire dont il était saisi, le juge McDonald a déclaré inconstitutionnelle la réduction de 5 pour 100 des traitements des juges de la Cour provinciale de l’Alberta prévue par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94. Quoique son raisonnement ne soit pas tout à fait clair sur ce point, il semble que la réduction violait l’al. 11d) parce qu’elle n’était pas une mesure économique générale — du fait qu’elle ne visait que les juges de la Cour provinciale. En outre, il a conclu que le défaut du gouvernement d’augmenter les traitements des juges au rythme des hausses du coût de la vie portait atteinte à la sécurité financière des juges, pour le motif qu’il s’agissait d’une réduction *de facto*.

Toutefois, le juge McDonald a rejeté l’argument fondé sur l’invalidité du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, qui prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] «peut, par règlement, [. . .] fixer les traitements des juges». Cette disposition avait été attaquée pour les motifs suivants: elle n’établissait qu’une faculté et n’exigeait pas que des traitements soient payés, elle

ries or benefits, because it did not prevent the executive from providing different salaries to different types of judges, and because it did not prohibit remuneration on the basis of job performance. McDonald J. rejected all of these arguments. Some he rejected by reading down s. 17(1), so that the provision required the setting of salaries, did not authorize the reduction of salaries except as part of an overall economic measure, and did not authorize performance related remuneration. He also held that s. 11(d) did not prohibit different salaries for different judges.

McDonald J. then turned to two other issues relating to financial security. First, he addressed the process for determining judges' salaries. He held that judicial independence required neither an independent committee, nor a set formula to determine salaries. What the guarantee of financial security provided to judges, in his opinion, was an assurance that their salaries would not be reduced except as part of an overall economic measure, and that they would be increased to take into account changes in the cost of living. The mechanism for setting the salary is not integral to achieving this goal. Furthermore, since s. 11(d) did not mandate a particular process for setting judges' salaries, McDonald J. also held that judicial independence would not be undermined by salary negotiations between the judiciary and the executive.

Second, McDonald J. addressed the question of changes to judges' pensions. He held that the same restriction which applied to reductions in salaries also applied to reductions in pensions — those reductions must be part of an overall economic measure which applies to the population as a whole. In addition, as for salaries, the failure to increase pensions to keep pace with inflation was tantamount to a reduction, and was therefore prohibited by s. 11(d) of the *Charter* unless the failure to index was part of an overall economic measure.

n'empêchait pas le pouvoir exécutif de réduire les traitements ou autres avantages, elle n'empêchait pas l'exécutif de verser des traitements différents à divers groupes de juges et elle n'interdisait pas la rémunération au rendement. Le juge McDonald n'a retenu aucun de ces arguments. Il en a rejeté certains en donnant une interprétation atténuée du par. 17(1), selon laquelle: cette disposition exige que des traitements soient fixés, elle n'autorise la réduction des traitements que dans le cadre d'une mesure économique générale et elle ne permet pas la rémunération liée au rendement. Il a aussi conclu que l'al. 11d) n'interdisait pas le paiement de traitements différents à divers groupes de juges.

Le juge McDonald a ensuite examiné deux autres aspects de la sécurité financière. Premièrement, il s'est arrêté au mécanisme de fixation des traitements des juges. Il a conclu que l'indépendance de la magistrature ne requerrait ni la création d'une commission indépendante, ni l'utilisation d'une formule préétablie de fixation des traitements. Ce que la garantie de sécurité financière accorde aux juges, à son avis, c'est l'assurance que leurs traitements ne pourront être réduits que dans le cadre d'une mesure économique générale et qu'ils seront augmentés au rythme des hausses du coût de la vie. Le mécanisme de fixation des traitements n'est pas un élément essentiel à la réalisation de cet objectif. De plus, comme l'al. 11d) n'exige pas l'application d'un mécanisme particulier de fixation des traitements des juges, le juge McDonald a aussi statué que l'indépendance des juges ne serait pas minée par la tenue de négociations salariales entre la magistrature et le pouvoir exécutif.

Deuxièmement, le juge McDonald a examiné la question des modifications aux pensions des juges. Il a conclu que la restriction s'appliquant à l'égard de la réduction des traitements s'appliquait aussi à la réduction des pensions — ces réductions doivent s'inscrire dans le cadre d'une mesure économique générale applicable à l'ensemble de la population. En outre, tout comme pour les traitements, le défaut d'augmenter les pensions pour tenir compte de l'inflation équivalait à une réduction et était donc interdite par l'al. 11d) de la *Charte*, sauf si

However, in the absence of sufficient evidence, he declined to determine if changes to the pension plan of the judges of the Alberta Provincial Court had violated s. 11(d).

(b) *Security of Tenure*

61 McDonald J. found that two different sets of provisions of the *Provincial Court Judges Act* violated s. 11(d) of the *Charter*, because they provided insufficient security of tenure. The first set of provisions relates to the membership of the Judicial Council, the body charged with considering complaints made against judges of the Alberta Provincial Court. Sections 10(1)(d) and 10(1)(e) permit non-judges to be members of the Judicial Council. McDonald J. held that the presence of non-judges on the Judicial Council contravened s. 11(d), because *Valente* had held that security of tenure required that judges only be dismissed after a “judicial inquiry”. A judicial inquiry, according to McDonald J., is an inquiry by judges only. As a result, he found ss. 11(1)(c) and 11(2) of the Act, which empower the Council to investigate complaints, make recommendations to the Minister of Justice and Attorney General, and refer complaints to the Chief Judge of the Court or a committee of the Judicial Council for inquiry and report, to be unconstitutional.

62 The second set of provisions related to the grounds for the removal of judges of the Alberta Provincial Court. Section 11(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act* provides that “lack of competence” and “conduct” are grounds for removal. McDonald J. held that these provisions are overbroad, because they potentially impugn conduct which may be unrelated to the capacity of a judge to perform his or her official duties. At worst, the provisions could be used to dismiss judges for the inability to “interpret and apply the law correctly . . . whether in a specific case or in more than one case” (p. 161).

cette absence d’indexation faisait partie d’une mesure économique générale. Toutefois, en raison de l’insuffisance de la preuve à cet égard, il a refusé de décider si les modifications au régime de pensions des juges de la Cour provinciale de l’Alberta avaient violé l’al. 11d).

(b) *L’Inamovibilité*

Le juge McDonald a statué que deux groupes distincts de dispositions de la *Provincial Court Judges Act* violaient l’al. 11d) de la *Charte*, parce qu’elles ne garantissaient pas suffisamment l’inamovibilité. Le premier groupe concerne la composition du Judicial Council, organisme chargé d’étudier les plaintes portées contre les juges de la Cour provinciale de l’Alberta. Les alinéas 10(1)d) et e) permettent à des personnes n’appartenant pas à la magistrature de faire partie de cet organisme. Le juge McDonald a conclu que la présence de ces personnes contrevenait à l’al. 11d), car il a été jugé, dans *Valente*, que l’inamovibilité commandait que les juges ne puissent être révoqués qu’à la suite d’une «enquête judiciaire». Or, estime le juge McDonald, une telle enquête ne peut être tenue que par des juges seulement. En conséquence, il a conclu à l’inconstitutionnalité de l’al. 11(1)c) et du par. 11(2) de la Loi, qui habilite le Council à faire enquête sur les plaintes, à formuler des recommandations au ministre de la Justice et procureur général et à déférer des plaintes au juge en chef de la cour ou à un comité du Judicial Council pour enquête et rapport.

Le second groupe portait sur les motifs de révocation des juges de la Cour provinciale de l’Alberta. Aux termes de l’al. 11(1)b) de la *Provincial Court Judges Act*, [TRADUCTION] «l’incompétence» d’un juge ou sa «conduite» sont des motifs de révocation. Le juge McDonald a conclu que cette disposition avait une portée trop large, parce qu’elle pouvait viser une conduite n’ayant aucun rapport avec la capacité d’un juge d’exercer ses fonctions officielles. Au pire, elle pourrait être utilisée pour révoquer un juge pour cause d’incapacité [TRADUCTION] «d’interpréter et d’appliquer le droit correctement [. . .] dans un cas donné ou dans plusieurs affaires» (p. 161).

(c) *Institutional Independence*

Finally, McDonald J. held that the provisions of the *Provincial Court Judges Act* which permit the Attorney General to designate the place of residence (s. 13(1)(a)) and the sitting days (s. 13(1)(b)) of judges of the Alberta Provincial Court violated s. 11(d). He arrived at this conclusion on the basis of the view that the purpose of institutional independence is to safeguard the ability of the court to use its judicial resources as efficiently as possible, in order to ensure a timely trial for accused persons. As well, he cited *Valente's* explicit statement that control over sittings of the court is an essential component of institutional independence.

(d) *Disposition*

Although he made several findings of unconstitutionality, McDonald J. denied the stays sought by Campbell and Ekmecic, on the ground that his declarations removed the source of the unconstitutionality and had rendered the Alberta Provincial Court independent. Furthermore, although Wickman's trial had already proceeded before a non-independent judge, he denied the request for orders in the nature of *certiorari* and prohibition, because to do otherwise would be to countenance an abuse of process, since the defence had waited to the end of the trial to raise these constitutional issues.

(e) *Remarks of Premier Klein*

McDonald J. held that the remarks of Premier Klein did not amount to a violation of judicial independence. Although the Premier's comments may have been unwise, they did not give rise to a reasonable apprehension that the executive would interfere with the independence of the Alberta Provincial Court.

(c) *L'indépendance institutionnelle*

Enfin, le juge McDonald a décidé que les dispositions de la *Provincial Court Judges Act* qui permettent au procureur général de désigner le lieu de résidence des juges de la Cour provinciale de l'Alberta (al. 13(1)a)) et de fixer les jours de séance de la cour (al. 13(1)b)) violaient l'al. 11d). Il a tiré cette conclusion en se fondant sur le principe que l'indépendance institutionnelle avait pour but de protéger la capacité de la cour d'employer ses juges le plus efficacement possible, de manière à garantir aux accusés un procès dans les meilleurs délais. En outre, il a cité la remarque explicite faite dans *Valente* selon laquelle le pouvoir des tribunaux de fixer ses séances est un élément essentiel de l'indépendance institutionnelle.

(d) *Le dispositif*

Même s'il a formulé plusieurs conclusions d'inconstitutionnalité, le juge McDonald a néanmoins rejeté les demandes d'arrêt des procédures de Campbell et Ekmecic, pour le motif que les jugements déclaratoires qu'il avait prononcés avaient pour effet d'éliminer la source de cette inconstitutionnalité et de rendre la Cour provinciale de l'Alberta indépendante. De plus, même si le procès de Wickman avait déjà commencé devant un juge qui n'était pas indépendant, il a rejeté la demande d'ordonnance de *certiorari* et de prohibition, car y faire droit serait revenu à cautionner un abus de procédure, puisque la défense avait attendu la fin du procès pour soulever ces questions constitutionnelles.

(e) *Les remarques du premier ministre Klein*

Le juge McDonald a décidé que ces remarques ne constituaient pas une violation de l'indépendance de la magistrature. Bien qu'elles aient peut-être été peu judicieuses, elles n'ont pas fait naître une crainte raisonnable que le pouvoir exécutif n'entrave l'indépendance de la Cour provinciale de l'Alberta.

63

64

65

(2) Decision of the Court of Appeal of Alberta (1995), 169 A.R. 178

66 The Crown appealed. The decision of the Court of Appeal dealt solely with the question of whether that court had jurisdiction to hear the case. A majority of the court (Conrad J.A. dissenting), held that it did not have jurisdiction.

67 There was a consensus on the court that the Crown's appeal required a statutory basis to proceed. The interpretive debate focussed on the meaning and scope of s. 784(1) of the *Criminal Code*, which provides that:

784. (1) An appeal lies to the court of appeal from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *mandamus*, *certiorari* or prohibition.

Two issues were addressed by the court: first, whether a successful party (in this case, the Crown) could rely on s. 784(1) to appeal a decision which granted it relief, but not the relief sought; and second, whether a declaration was a form of relief sufficiently akin to *mandamus*, *certiorari* or prohibition to come within the scope of the provision.

68 Harradence J.A. answered both questions in the negative. His starting point was that a provision which allowed a successful party to appeal was sufficiently unusual that it would have to be explicitly and very clearly spelled out in the *Criminal Code*. Section 784(1), in his opinion, did not meet the requisite standard of clarity. O'Leary J.A. concurred with him on this point. Furthermore, speaking alone, Harradence J.A. rejected the argument that the declarations were in effect prohibitory in nature. Although the declaratory orders may have removed a flaw in the jurisdiction of the Alberta Provincial Court, he reasoned that they did not affect the proceedings taken or proposed to be taken before the Provincial Court.

(2) L'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1995), 169 A.R. 178

Le ministère public a porté le jugement en appel. L'arrêt de la Cour d'appel n'a porté que sur la question de savoir si elle avait compétence pour entendre l'appel. À la majorité, la cour (le juge Conrad étant dissidente) a statué qu'elle n'avait pas compétence.

Il y avait consensus, au sein de la cour, que l'appel du ministère public devait être fondé sur un texte de loi. Le débat sur l'interprétation a porté principalement sur le sens et le champ d'application du par. 784(1) du *Code criminel*, qui est ainsi rédigé:

784. (1) Appel peut être interjeté à la cour d'appel contre une décision qui accorde ou refuse le secours demandé dans des procédures par voie de *mandamus*, de *certiorari* ou de prohibition.

Deux questions ont été analysées par la Cour: premièrement, celle de savoir si la partie ayant gain de cause (en l'espèce le ministère public) pouvait invoquer le par. 784(1) pour appeler de la décision lui accordant un recours, mais non celui demandé; deuxièmement, celle de savoir si un jugement déclaratoire était une forme de recours suffisamment apparenté au *mandamus*, au *certiorari* ou à la prohibition pour être visé par cette disposition.

Le juge Harradence a répondu aux deux questions par la négative. Il a tout d'abord souligné qu'une disposition qui permettrait à la partie ayant gain de cause d'appeler serait suffisamment inhabituelle que le droit de le faire devrait être énoncé en termes explicites par le *Code criminel*. Or, à son avis, le par. 784(1) ne satisfait pas à la norme de clarté requise. Le juge O'Leary a souscrit à son avis sur ce point. De plus, ne s'exprimant alors que pour lui-même, le juge Harradence a rejeté l'argument que les ordonnances déclaratoires étaient de fait de la nature d'une prohibition. Quoique ces ordonnances aient peut-être corrigé un défaut de compétence de la Cour provinciale de l'Alberta, il a estimé qu'elles n'avaient pas eu d'effet sur les procédures engagées ou envisagées devant la Cour provinciale.

By contrast, Conrad J.A. (dissenting) answered both questions in the affirmative. Addressing the second issue first, she held that the declarations made by McDonald J. at trial were equivalent to prohibitions, and therefore came within the scope of s. 784(1). Her argument seemed to be that the trial judge, through the declarations, effectively prohibited “the commencement, or continuation, of the subject trials in front of a court subject to the impugned provisions” (p. 193 (emphasis in original)). With respect to the first issue, she held that s. 784(1) was not limited to appeals by unsuccessful parties, but instead permitted appeals from decisions which granted or refused the relief sought. Conceivably, this could include an appeal from a party who was successful but did not receive the relief desired, like the Crown in this case.

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*

(1) Decision of the Court of Queen’s Bench of Manitoba (1994), 98 Man. R. (2d) 67

The central issue at trial was the nature of the protection for financial security provided by s. 11(d), and whether the provisions of Bill 22 met that constitutional standard. Two questions were addressed: first, whether s. 11(d) permits reductions in judges’ salaries, and if so, under what circumstances; and second, whether s. 11(d) mandates any particular process for the setting of judges’ salaries.

On the first question, Scollin J. took the same position as McDonald J. in *Campbell* — that judges’ salaries may be reduced only as part of an overall economic measure which affects all citizens. As such, the reduction of judges’ salaries by Bill 22 was unconstitutional, because it was part of

Par contraste, le juge Conrad (dissidente) a répondu aux deux questions par l’affirmative. Examinant d’abord la seconde question, elle a décidé que les déclarations du juge McDonald au procès équivalaient à des prohibitions et étaient donc visées par le par. 784(1). Il semble que son raisonnement ait été que le juge du procès, par les déclarations, avait effectivement interdit [TRADUCTION] «l’engagement ou la poursuite des procès en cause devant une cour assujettie aux dispositions attaquées» (p. 193 (souligné dans l’original)). Quant à la première question, elle a statué que le par. 784(1) ne se limitait pas aux appels formés par les parties ayant perdu, mais qu’il autorisait également les appels contre les décisions ayant accordé ou refusé le recours demandé. Il était concevable que cela vise l’appel interjeté par une partie qui, bien qu’ayant eu gain de cause, n’aurait pas obtenu le recours demandé, comme le ministère public en l’espèce.

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*

(1) La décision de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba (1994), 98 Man. R. (2d) 67

Au procès, la question centrale était celle de savoir quelle était la nature de la protection accordée par l’al. 11d) en matière de sécurité financière, et si les dispositions de la loi 22 satisfaisaient à cette norme constitutionnelle. Deux questions ont été examinées: premièrement, celle de savoir si l’al. 11d) autorise la réduction des traitements des juges, et, si oui, dans quelles circonstances; deuxièmement, celle de savoir si l’al. 11d) commande l’application d’un mécanisme particulier pour la fixation de ces traitements.

Relativement à la première question, le juge Scollin a adopté la même position que le juge McDonald dans *Campbell* — c’est-à-dire que les traitements des juges ne peuvent être réduits que dans le cadre d’une mesure économique générale touchant tous les citoyens. De ce point de vue, la réduction des traitements des juges prévue par la loi 22 était inconstitutionnelle, parce qu’elle faisait partie d’un programme visant à réduire le déficit

a plan to reduce the provincial deficit solely through a reduction in government expenditures.

72

However, Scollin J. then proceeded to part company with McDonald J.'s judgment in one crucial respect — he held that the standard set by s. 11(d) is only required for permanent reductions in judicial salaries. In economic emergencies, temporary reductions, by contrast, are allowed. Scollin J. held that the facts of this case disclosed an economic emergency, which he defined (at p. 77) as a situation

[w]here, in the judgment of the Government, fiscal demands on the public treasury can be met only by immediate but determinate restraints on the Government's own spending. . . .

Thus, in his disposition of the appeal, Scollin J. read down Bill 22 to provide for the temporary suspension of full compensation, and the full retroactive repayment of all compensation when Bill 22 expired.

73

The second question was addressed in the context of s. 11.1 of *The Provincial Court Act*, which establishes an independent commission (the Judicial Compensation Committee) that makes recommendations to the provincial legislature on salaries of judges of the Manitoba Provincial Court. It was argued that Bill 22 effectively rendered the commission inoperative, by imposing a salary reduction without the legislature first receiving the commission's report, and therefore violated s. 11(d) because the statutory provisions creating the commission had "quasi-constitutional" status which allowed those provisions to prevail over Bill 22. Scollin J. rejected this argument on two grounds: first, that Bill 22 did not purport to disband or disrupt the work of the Judicial Compensation Committee, and therefore the question of any conflict between the Bill and the provisions creating the Committee did not arise; and second, that the Committee process did not have quasi-constitutional status, and so could not prevail over Bill 22.

74

It was also argued at trial that there had been a violation of judicial independence because of the

provincial seulement par la réduction des dépenses gouvernementales.

Toutefois, le juge Scollin a divergé d'opinion avec le juge McDonald sur un aspect crucial — il a décidé que la norme établie par l'al. 11d) ne s'applique qu'à l'égard des réductions permanentes des traitements des juges. En cas de crises financières, par contraste, des réductions temporaires sont autorisées. Le juge Scollin a conclu que les faits de l'espèce révélaient l'existence d'une crise financière, qu'il a définie ainsi (à la p. 77):

[TRADUCTION] Il s'agit des cas où, de l'avis du gouvernement, les besoins budgétaires du Trésor ne peuvent être satisfaits que par des compressions immédiates mais précises de ses propres dépenses . . .

Par conséquent, le juge Scollin a tranché l'appel en donnant une interprétation atténuée de la loi 22, de manière à permettre la suspension temporaire de la pleine rémunération et le paiement rétroactif complet de la pleine rémunération à l'expiration de la période de validité de la loi 22.

La deuxième question a été examinée dans le contexte de l'art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale* qui établit une commission indépendante (le Comité chargé de la rémunération des juges) appelée à faire des recommandations à l'assemblée législative quant aux traitements des juges de la Cour provinciale du Manitoba. On soutenait que la loi 22 avait rendu le Comité inopérant dans les faits en imposant une réduction des traitements avant que l'assemblée législative ait reçu son rapport, et qu'elle avait, par conséquent, violé l'al. 11d), parce que les dispositions législatives constituant le Comité avaient un caractère «quasi constitutionnel», de sorte qu'elles l'emportaient sur la loi 22. Le juge Scollin a rejeté cet argument pour deux motifs: premièrement, la loi 22 n'était pas censée dissoudre le Comité ou interrompre ses travaux et, en conséquence, il n'existait aucun conflit entre ce texte de loi et les dispositions constituant le Comité; deuxièmement, le mécanisme du Comité n'avait pas un caractère quasi constitutionnel et ne pouvait donc pas l'emporter sur la loi 22.

On a également soutenu, au procès, qu'il y avait eu atteinte à l'indépendance de la magistrature par

decision to close down the courts on days which the government had designated as unpaid days of leave for its employees ("Filmon Fridays"). Scollin J. rejected this argument, because the decision to close down the courts was not taken by the executive (in the person of the Attorney General), but by the Chief Judge of the Manitoba Provincial Court. A number of factors were determinative: the Chief Judge was consulted about the withdrawal of court staff; the Chief Judge directed that the courts be closed down on those days, and had the Chief Judge decided that the Provincial Court would remain open on those days, the government had given an assurance that sufficient staff would be made available.

Finally, the trial judge considered and rejected an argument that the government had exerted improper pressure on the judges of the Provincial Court. The allegation arose out of a request by the government that the judges state whether they intended to challenge Bill 22, in advance of the government agreeing to present a joint submission with the judges to the Judicial Compensation Committee. Scollin J. held that the request was "indiscreet" but "immaterial" (p. 79).

(2) Decision of the Court of Appeal of Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 51

The Court of Appeal's views on the nature of the guarantee of financial security are not entirely clear. At one point, the court stated that s. 11(d) protects judges against "arbitrary interference" by the legislature or the executive which is "motivated by an improper or colourable purpose" (p. 63), at another that s. 11(d) prohibits the "discriminatory treatment of judges". However, despite this ambiguity, the court rejected the submission that a salary cut for judges is constitutional only if it is part of an overall economic measure, although it accepted that the fact that a reduction is part of such a measure would go to a

suite de la décision de fermer les tribunaux les jours désignés par le gouvernement comme jours de congé sans solde pour ses employés (les «vendredis de Filmon»). Le juge Scollin a rejeté cet argument, pour le motif que la décision de fermer les tribunaux n'avait pas été prise par le pouvoir exécutif (par l'entremise du procureur général), mais par le juge en chef de la Cour provinciale du Manitoba. Un certain nombre de facteurs ont été décisifs: le juge en chef de la Cour provinciale avait été consulté sur le retrait du personnel de la cour; c'est lui qui avait ordonné la fermeture de la cour ces jours-là et, s'il avait décidé qu'elle continuerait ses activités, le gouvernement avait donné l'assurance que le personnel suffisant serait disponible.

75
Finalement, le juge de première instance a examiné et rejeté l'argument selon lequel le gouvernement avait exercé des pressions indues sur les juges de la Cour provinciale. Cette allégation découlait du fait que, avant de consentir à présenter, de concert avec les juges, des observations au Comité chargé de la rémunération des juges, le gouvernement avait demandé à ceux-ci de lui dire s'ils entendaient contester la loi 22. Le juge Scollin a décidé que cette demande avait été [TRADUCTION] «peu judicieuse», mais qu'elle était «sans pertinence» (p. 79).

(2) L'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 51

76
Les vues de la Cour d'appel sur la nature de la garantie de sécurité financière ne sont pas tout à fait claires. À un endroit, elle a dit que l'al. 11d) protège les juges contre toute [TRADUCTION] «ingérence arbitraire» de l'assemblée législative ou du pouvoir exécutif, «motivée par un but malhonnête ou spécieux» (p. 63); à un autre endroit, elle dit qu'il interdit de «traiter les juges de façon discriminatoire». Toutefois, malgré cette ambiguïté, la cour a rejeté l'argument qu'une réduction des traitements des juges n'est constitutionnelle que si elle s'inscrit dans le cadre d'une mesure économique générale, même si elle a admis que le fait qu'une réduction fasse partie d'une telle mesure amènerait à conclure que la réduction [TRADUCTION] «n'a pas

finding that the reduction “was not enacted for an improper or colourable purpose” (p. 65).

77 The court then went on to apply the standard of discriminatory treatment, and addressed the argument that Bill 22 was unconstitutional because of the distinctions it drew among different persons who were paid from the public purse. On the facts, the court found that differences in the classes of persons affected by Bill 22 necessitated different treatment, and were therefore not discriminatory. In particular, the court pointed to the fact that other persons governed by Bill 22 were in a collective bargaining relationship with the government, a situation from which “judges would undoubtedly resile” (p. 66).

78 In addition to determining whether Bill 22 discriminated against judges of the Manitoba Provincial Court, the court asked how the reasonable person would perceive the cuts. It concluded that since the cuts were of a broadly based nature, and were motivated by budgetary concerns, they would not create the impression that judicial independence had been compromised.

79 As the trial judge had done, the Court of Appeal rejected the argument that the provisions creating the Judicial Compensation Committee somehow received constitutional protection against Bill 22, and expressly agreed with Scollin J. that Bill 22 did not conflict with those provisions. Moreover, it pointed out that s. 3 of Bill 22 provides that the Bill prevails over any conflicting legislation.

80 The Court of Appeal confined its analysis of the alleged unconstitutionality of the closing of the Manitoba Provincial Court to the decision of the Attorney General that Crown attorneys take unpaid days of leave (“Filmon Fridays”) as part of the deficit reduction scheme centred around Bill 22. To the court, this particular decision did not interfere with the institutional independence of the Provincial Court, because it did not touch upon that court’s adjudicative function. Rather, it concerned the prosecution of criminal offences, for

été édictée dans un but malhonnête ou spécieux» (p. 65).

La cour a ensuite appliqué la norme du traitement discriminatoire et analysé l’argument selon lequel la loi 22 était inconstitutionnelle du fait des distinctions qui y étaient établies entre différentes personnes rémunérées sur les fonds publics. À la lumière des faits, la cour a conclu que les différences entre les catégories de personnes touchées par la loi justifiaient un traitement différent et n’étaient donc pas discriminatoires. En particulier, elle a souligné le fait que d’autres personnes assujetties à la loi étaient soumises au régime de la négociation collective avec le gouvernement, situation devant laquelle [TRADUCTION] «les juges reculeraient certainement» (p. 66).

En plus de décider si la loi 22 était discriminatoire à l’endroit des juges de la Cour provinciale du Manitoba, la cour s’est demandé comment une personne raisonnable percevrait les coupures. Elle a conclu que, comme celles-ci étaient généralisées et motivées par des préoccupations budgétaires, elles ne donneraient pas l’impression que l’indépendance de la magistrature avait été compromise.

À l’instar du juge de première instance, la Cour d’appel a rejeté l’argument que les dispositions constituant le Comité chargé de la rémunération des juges étaient de quelque façon protégées par la Constitution contre la loi 22, et elle a expressément souscrit à l’avis du juge Scollin que la loi 22 n’entraîne pas en conflit avec ces dispositions. De plus, la cour a souligné que l’art. 3 de la loi 22 précise que celle-ci l’emporte sur toute mesure législative incompatible.

En ce qui concerne l’argument relatif à l’inconstitutionnalité de la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba, la Cour d’appel a limité son analyse à la décision du procureur général de faire prendre aux substituts du procureur général des jours de congé sans solde (les «vendredis de Filmon») dans le cadre du programme de réduction du déficit dont la loi 22 était l’élément central. Pour la cour, cette décision n’a pas porté atteinte à l’indépendance institutionnelle de la Cour provinciale, parce qu’elle n’avait pas d’incidence sur la

which the executive has constitutional responsibility.

The court agreed with the trial judge's conclusion that the pressure exerted on the judges' association by the government was immaterial.

IV. Financial Security

A. *Introduction: The Unwritten Basis of Judicial Independence*

These appeals were all argued on the basis of s. 11(d), the *Charter's* guarantee of judicial independence and impartiality. From its express terms, s. 11(d) is a right of limited application — it only applies to persons accused of offences. Despite s. 11(d)'s limited scope, there is no doubt that the appeals can and should be resolved on the basis of that provision. To a large extent, the Court is the prisoner of the case which the parties and interveners have presented to us, and the arguments that have been raised, and the evidence that we have before us, have largely been directed at s. 11(d). In particular, the two references from P.E.I. are explicitly framed in terms of s. 11(d), and if we are to answer the questions contained therein, we must direct ourselves to that section of the Constitution.

Nevertheless, while the thrust of the submissions was directed at s. 11(d), the respondent Wickman in *Campbell et al.* and the appellants in the P.E.I. references, in their written submissions, the respondent Attorney General of P.E.I., in its oral submissions, and the intervener Attorney General of Canada, in response to a question from Iacobucci J., addressed the larger question of where the constitutional home of judicial independence lies, to which I now turn. Notwithstanding the presence of s. 11(d) of the *Charter*, and ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*, I am of the view that judicial independence is at root an unwritten

fonction juridictionnelle de cette cour, mais concernait plutôt la poursuites des infractions criminelles, responsabilité qui relève du pouvoir exécutif en vertu de la Constitution.

La cour a souscrit à la conclusion du juge de première instance que la question des pressions exercées par le gouvernement sur l'association des juges était sans pertinence.

IV. La sécurité financière

A. *Introduction: le fondement non écrit de l'indépendance de la magistrature*

Les présents pourvois ont tous été plaidés sur le fondement de l'al. 11d) de la *Charte*, disposition qui garantit l'indépendance et l'impartialité de la magistrature. Il ressort des termes mêmes de cette disposition que le droit qu'elle garantit est un droit d'application limitée — il ne s'applique qu'aux personnes qui font l'objet d'une inculpation. Malgré la portée limitée de l'al. 11d), il ne fait aucun doute que les pourvois peuvent et doivent être tranchés sur le fondement de cette disposition. Dans une large mesure, notre Cour est prisonnière du contexte que les parties et les intervenants lui ont présenté. De plus, les arguments avancés ainsi que les éléments de preuve produits concernent principalement l'al. 11d). De façon plus particulière, les deux renvois émanant de l'Île-du-Prince-Édouard sont expressément formulés en fonction de l'al. 11d), et si nous voulons répondre aux questions qui y sont posées, nous devons nous attacher à cette disposition de la Constitution.

Néanmoins, même si les observations portaient pour l'essentiel sur l'al. 11d), l'intimé Wickman dans *Campbell* et autres et les appelants dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard, dans leurs observations écrites, l'intimé procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard dans ses plaidoiries, et l'intervenant procureur général du Canada, en réponse à une question du juge Iacobucci, ont soulevé la question plus générale de l'assise constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature, que je vais maintenant aborder. Malgré la présence de l'al. 11d) de la *Charte* et des art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, je suis d'avis que l'indé-

81

82

83

constitutional principle, in the sense that it is exterior to the particular sections of the *Constitution Acts*. The existence of that principle, whose origins can be traced to the *Act of Settlement* of 1701, is recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. The specific provisions of the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, merely “elaborate that principle in the institutional apparatus which they create or contemplate”: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, *per* Rand J.

pendance de la magistrature est à l’origine un principe constitutionnel non écrit, en ce sens qu’il est extérieur aux articles particuliers des *Lois constitutionnelles*. L’existence de ce principe, dont les origines remontent à l’*Act of Settlement* de 1701, est reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions précises des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982* ne font [TRADUCTION] «qu’établir ce principe dans l’appareil institutionnel qu’elles créent ou envisagent»: *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, le juge Rand.

84

I arrive at this conclusion, in part, by considering the tenability of the opposite position — that the Canadian Constitution already contains explicit provisions which are directed at the protection of judicial independence, and that those provisions are exhaustive of the matter. Section 11(d) of the *Charter*, as I have mentioned above, protects the independence of a wide range of courts and tribunals which exercise jurisdiction over offences. Moreover, since well before the enactment of the *Charter*, ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*, separately and in combination, have protected and continue to protect the independence of provincial superior courts: *Cooper, supra*, at para. 11; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 10. More specifically, s. 99 guarantees the security of tenure of superior court judges; s. 100 guarantees the financial security of judges of the superior, district, and county courts; and s. 96 has come to guarantee the core jurisdiction of superior, district, and county courts against legislative encroachment, which I also take to be a guarantee of judicial independence.

J’arrive à cette conclusion en partie en soupesant la force de l’argument contraire — qui veut que la Constitution canadienne renferme déjà des dispositions explicites visant à protéger l’indépendance de la magistrature, et que ces dispositions aient un caractère exhaustif à cet égard. L’alinéa 11d) de la *Charte*, comme je l’ai mentionné plus tôt, protège l’indépendance d’un large éventail de tribunaux exerçant une juridiction sur les personnes faisant l’objet d’une inculpation. En outre, bien longtemps avant l’édiction de la *Charte*, les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, séparément et ensemble, ont protégé l’indépendance des cours supérieures des provinces et continuent de le faire: *Cooper*, précité, au par. 11, et *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, au par. 10. Plus précisément, l’art. 99 garantit l’inamovibilité des juges des cours supérieures; l’art. 100 garantit la sécurité financière des juges des cours supérieures, de district et de comté; l’art. 96 en est venu à garantir la juridiction fondamentale des cours supérieures, de district et de comté contre les empiétements législatifs, ce qui à mon sens est aussi une garantie de l’indépendance de la magistrature.

85

However, upon closer examination, there are serious limitations to the view that the express provisions of the Constitution comprise an exhaustive and definitive code for the protection of judicial independence. The first and most serious problem is that the range of courts whose independence is protected by the written provisions of the Constitution contains large gaps. Sections 96-100, for example, only protect the independence of judges

Toutefois, un examen plus approfondi révèle des limites sérieuses à l’argument que les dispositions expresses de la Constitution codifient de façon exhaustive et définitive la protection de l’indépendance de la magistrature. Le premier problème, et aussi le plus grave, est que l’éventail des tribunaux dont l’indépendance est protégée par les dispositions écrites de la Constitution comporte des lacunes importantes. Par exemple, les art. 96 à 100

of the superior, district, and county courts, and even then, not in a uniform or consistent manner. Thus, while ss. 96 and 100 protect the core jurisdiction and the financial security, respectively, of all three types of courts (superior, district, and county), s. 99, on its terms, only protects the security of tenure of superior court judges. Moreover, ss. 96-100 do not apply to provincially appointed inferior courts, otherwise known as provincial courts.

To some extent, the gaps in the scope of protection provided by ss. 96-100 are offset by the application of s. 11(d), which applies to a range of tribunals and courts, including provincial courts. However, by its express terms, s. 11(d) is limited in scope as well — it only extends the envelope of constitutional protection to bodies which exercise jurisdiction over offences. As a result, when those courts exercise civil jurisdiction, their independence would not seem to be guaranteed. The independence of provincial courts adjudicating in family law matters, for example, would not be constitutionally protected. The independence of superior courts, by contrast, when hearing exactly the same cases, would be constitutionally guaranteed.

The second problem with reading s. 11(d) of the *Charter* and ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867* as an exhaustive code of judicial independence is that some of those provisions, by their terms, do not appear to speak to this objective. Section 100, for example, provides that Parliament shall fix and provide the salaries of superior, district, and county court judges. It is therefore, in an important sense, a subtraction from provincial jurisdiction over the administration of justice under s. 92(14). Moreover, read in the light of the *Act of Settlement* of 1701, it is a partial guarantee of financial security, inasmuch as it vests responsibility for setting judicial remuneration with Parliament, which must act through the public means of legislative enactment, not the executive. However, on its plain language, it only places Parliament under the obligation to provide salaries to the

ne protègent que l'indépendance des juges des cours supérieures, de district et de comté, et encore, cette protection n'est ni uniforme ni cohérente. Ainsi, alors que les art. 96 et 100 protègent la juridiction fondamentale et la sécurité financière, respectivement, des trois types de cours (cours supérieures, cours de district et cours de comté), l'art. 99 ne protège expressément que l'inamovibilité des juges des cours supérieures. De plus, les art. 96 à 100 ne s'appliquent pas aux tribunaux inférieurs dont les juges sont nommés par les provinces, savoir les cours provinciales.

Dans une certaine mesure, les vides dans le champ d'application de la protection assurée par les art. 96 à 100 sont comblés par l'application de l'al. 11d), qui vise divers tribunaux, dont les cours provinciales. Toutefois, le champ d'application de l'al. 11d) est lui aussi expressément limité — la protection qu'il énonce ne s'étend qu'aux tribunaux exerçant une jurisdiction sur les personnes faisant l'objet d'une inculpation. En conséquence, quand ces cours exercent une juridiction civile, il ne semble pas que leur indépendance soit garantie. L'indépendance des cours provinciales qui siègent en matière familiale, par exemple, ne bénéficierait pas de la protection constitutionnelle. Celle des cours supérieures, par contraste, quand elles entendent le même genre d'affaires, en bénéficierait.

Le deuxième problème que pose le fait d'interpréter de l'al. 11d) de la *Charte* et des art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme ayant pour effet de codifier de manière exhaustive l'indépendance de la magistrature est que certaines de ces dispositions ne semblent pas, selon leur texte même, viser cet objectif. L'article 100, par exemple, dispose que le Parlement fixe et paie les salaires des juges des cours supérieures, de district et de comté. Il s'agit donc, sous un aspect important, d'une diminution de la compétence reconnue aux provinces par le par. 92(14) en matière d'administration de la justice. De plus, à la lumière de l'*Act of Settlement* de 1701, il représente une garantie partielle de sécurité financière, dans la mesure où il confère non pas à l'exécutif mais au Parlement — qui doit prendre à cet égard une mesure législative publique — la responsabilité de

86

87

judges covered by that provision, which would in itself not safeguard the judiciary against political interference through economic manipulation. Nevertheless, as I develop in these reasons, with reference to *Beauregard*, s. 100 also requires that Parliament must provide salaries that are adequate, and that changes or freezes to judicial remuneration be made only after recourse to a constitutionally mandated procedure.

88 A perusal of the language of s. 96 reveals the same difficulty:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

Section 96 seems to do no more than confer the power to appoint judges of the superior, district, and county courts. It is a staffing provision, and is once again a subtraction from the power of the provinces under s. 92(14). However, through a process of judicial interpretation, s. 96 has come to guarantee the core jurisdiction of the courts which come within the scope of that provision. In the past, this development has often been expressed as a logical inference from the express terms of s. 96. Assuming that the goal of s. 96 was the creation of "a unitary judicial system", that goal would have been undermined "if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts": *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728. However, as I recently confirmed, s. 96 restricts not only the legislative competence of provincial legislatures, but of Parliament as well: *MacMillan Bloedel, supra*. The rationale for the provision has also shifted, away from the protection of national unity, to the maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role.

89 The point which emerges from this brief discussion is that the interpretation of ss. 96 and 100 has

fixer les traitements des juges. Toutefois, la seule obligation que cette disposition impose clairement au Parlement est de pourvoir aux traitements des juges qu'elle vise, ce qui en soi ne protégerait pas ceux-ci contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière. Néanmoins, comme je vais l'expliquer dans les présents motifs, compte tenu de l'arrêt *Beauregard*, l'art. 100 oblige aussi le Parlement à verser des traitements suffisants et il interdit de modifier ou de bloquer les traitements des juges sans recourir à la procédure exigée par la Constitution.

L'examen du texte de l'art. 96 fait ressortir la même difficulté:

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

L'article 96 semble, tout au plus, conférer le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté. Il s'agit d'une disposition de dotation, qui elle aussi empiète sur les pouvoirs accordés aux provinces par le par. 92(14). Toutefois, par un processus d'interprétation judiciaire, l'art. 96 en est venu à garantir la juridiction fondamentale des cours qui entrent dans le champ d'application de cette disposition. Dans le passé, cette évolution a souvent été qualifiée de conséquence logique des termes exprès de l'art. 96. À supposer que le but de l'art. 96 était de créer «un système judiciaire unitaire», ce but aurait été contrecarré «si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures»: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728. Toutefois, comme je l'ai confirmé récemment, l'art. 96 restreint non seulement la compétence législative des législatures provinciales, mais aussi celle du Parlement: *MacMillan Bloedel*, précité. La raison d'être de la disposition a elle aussi évolué, passant de la protection de l'unité nationale, au maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux.

Le point qui ressort de ce bref examen est que l'interprétation des art. 96 et 100 a évolué considé-

come a long way from what those provisions actually say. This jurisprudential evolution undermines the force of the argument that the written text of the Constitution is comprehensive and definitive in its protection of judicial independence. The only way to explain the interpretation of ss. 96 and 100, in fact, is by reference to a deeper set of unwritten understandings which are not found on the face of the document itself.

The proposition that the Canadian Constitution embraces unwritten norms was recently confirmed by this Court in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319. In that case, the Court found it constitutional for the Nova Scotia House of Assembly to refuse the media the right to record and broadcast legislative proceedings. The media advanced a claim based on s. 2(b) of the *Charter*, which protects, *inter alia*, “freedom of the press and other media of communication”. McLachlin J., speaking for a majority of the Court, found that the refusal of the Assembly was an exercise of that Assembly’s unwritten legislative privileges, that the Constitution of Canada constitutionalized those privileges, and that the constitutional status of those privileges therefore precluded the application of the *Charter*.

The relevant part of her judgment concerns the interpretation of s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982*, which defines the “Constitution of Canada” in the following terms:

52. . . .

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b). [Emphasis added.]

The media argued that parliamentary privileges did not enjoy constitutional status, and hence, were subject to *Charter* scrutiny like any other decision of a legislature, because they were not included

ablement eu égard au texte même de ces dispositions. Cette évolution jurisprudentielle affaiblit l’argument voulant que la garantie d’indépendance de la magistrature soit prévue de manière exhaustive et définitive par le texte de la Constitution. De fait, la seule façon d’expliquer l’interprétation des art. 96 et 100 est de se référer à un ensemble plus profond de conventions non écrites qui ne se trouvent pas dans le texte du document lui-même.

L’argument que la Constitution canadienne comprend des normes non écrites a récemment été confirmée par notre Cour dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319. Dans cet arrêt, la Cour a décidé que la Constitution autorisait l’assemblée législative de la Nouvelle-Écosse à refuser aux médias le droit d’enregistrer et de diffuser ses débats. Les médias avaient fondé leur prétention sur l’al. 2b) de la *Charte*, qui protège notamment «la liberté de la presse et des autres moyens de communication». Le juge McLachlin, s’exprimant pour la majorité, a conclu qu’en opposant son refus l’assemblée avait exercé ses privilèges législatifs non écrits, que la Constitution du Canada avait constitutionnalisés ces privilèges et que le statut constitutionnel de ces privilèges empêchait, par conséquent, l’application de la *Charte*.

La partie pertinente des motifs du juge McLachlin concerne l’interprétation du par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui définit la «Constitution du Canada» en ces termes:

52. . . .

(2) La Constitution du Canada comprend:

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l’annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b). [Je souligne.]

Les médias ont soutenu que les privilèges parlementaires n’avaient pas de statut constitutionnel et que, par conséquent, ils pouvaient faire l’objet d’un examen fondé sur la *Charte* comme toute

90

91

within the list of documents found in, or referred to by, s. 52(2). McLachlin J. rejected this argument, in part on the basis of the wording of s. 52(2). She held that the use of the word "includes" indicated that the list of constitutional documents in s. 52(2) was not exhaustive.

autre décision d'une législature, parce qu'ils n'étaient pas inclus dans la liste des documents énumérés ou visés au par. 52(2). Le juge McLachlin a rejeté cet argument, en partie à cause du libellé du par. 52(2). Elle a statué que l'emploi du mot «comprend» indiquait que la liste des documents constitutionnels du par. 52(2) n'est pas exhaustive.

92 Although I concurred on different grounds, and still doubt whether the privileges of provincial assemblies form part of the Constitution (*Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 2), I agree with the general principle that the Constitution embraces unwritten, as well as written rules, largely on the basis of the wording of s. 52(2). Indeed, given that ours is a Constitution that has emerged from a constitutional order whose fundamental rules are not authoritatively set down in a single document, or a set of documents, it is of no surprise that our Constitution should retain some aspect of this legacy.

Même si j'ai rédigé des motifs concourants, fondés sur des raisons différentes, et que je continue de douter que les privilèges des assemblées provinciales fassent partie de la Constitution (*Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, au par. 2), j'accepte le principe général que la Constitution comprend des règles non écrites — et écrites —, dans une large mesure sur le fondement du libellé du par. 52(2). En effet, comme notre Constitution est dérivée d'un régime constitutionnel dont les règles fondamentales ne sont pas fixées dans un seul document ou dans un ensemble de documents faisant autorité, il n'est pas étonnant qu'elle retienne certains aspects de cet héritage.

93 However, I do wish to add a note of caution. As I said in *New Brunswick Broadcasting*, *supra*, at p. 355, the constitutional history of Canada can be understood, in part, as a process of evolution "which [has] culminated in the supremacy of a definitive written constitution". There are many important reasons for the preference for a written constitution over an unwritten one, not the least of which is the promotion of legal certainty and through it the legitimacy of constitutional judicial review. Given these concerns, which go to the heart of the project of constitutionalism, it is of the utmost importance to articulate what the source of those unwritten norms is.

Toutefois, je tiens à ajouter une mise en garde. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, à la p. 355, l'histoire constitutionnelle du Canada peut être considérée, en partie, comme une évolution «qui a abouti à la suprématie d'une constitution écrite définitive». La préférence pour une Constitution écrite repose sur bon nombre de raisons importantes, particulièrement la certitude du droit et, par ce moyen, la légitimité du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Compte tenu de ces préoccupations, qui sont au cœur de l'idée de constitutionnalisme, il est de la plus haute importance de préciser la source de ces normes non écrites.

94 In my opinion, the existence of many of the unwritten rules of the Canadian Constitution can be explained by reference to the preamble of the *Constitution Act, 1867*. The relevant paragraph states in full:

À mon avis, il est possible d'expliquer l'existence de bon nombre des règles non écrites de la Constitution canadienne en se reportant au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont le paragraphe pertinent est ainsi conçu:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en fédération pour former un seul et

United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

Although the preamble has been cited by this Court on many occasions, its legal effect has never been fully explained. On the one hand, although the preamble is clearly part of the Constitution, it is equally clear that it “has no enacting force”: *Reference re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 805 (joint majority reasons). In other words, strictly speaking, it is not a source of positive law, in contrast to the provisions which follow it.

But the preamble does have important legal effects. Under normal circumstances, preambles can be used to identify the purpose of a statute, and also as an aid to construing ambiguous statutory language: *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), by R. Sullivan, at p. 261. The preamble to the *Constitution Act, 1867*, certainly operates in this fashion. However, in my view, it goes even further. In the words of Rand J., the preamble articulates “the political theory which the Act embodies”: *Switzman, supra*, at p. 306. It recognizes and affirms the basic principles which are the very source of the substantive provisions of the *Constitution Act, 1867*. As I have said above, those provisions merely elaborate those organizing principles in the institutional apparatus they create or contemplate. As such, the preamble is not only a key to construing the express provisions of the *Constitution Act, 1867*, but also invites the use of those organizing principles to fill out gaps in the express terms of the constitutional scheme. It is the means by which the underlying logic of the Act can be given the force of law.

What are the organizing principles of the *Constitution Act, 1867*, as expressed in the preamble? The preamble speaks of the desire of the founding provinces “to be federally united into One Dominion”, and thus, addresses the structure of the division of powers. Moreover, by its reference to

même dominion sous la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande, avec une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni;

Quoique le préambule ait été cité par notre Cour à bien des reprises, son effet juridique n’a jamais été expliqué complètement. D’un côté, bien que le préambule fasse clairement partie de la Constitution, il est tout aussi clair qu’il «n’a aucune force exécutoire»: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 805 (motifs conjoints de la majorité). En d’autres termes, il n’est pas, à proprement parler, une source de droit positif, par contraste avec les dispositions qui le suivent.

Par ailleurs, le préambule produit effectivement d’importants effets juridiques. Dans des circonstances normales, le préambule peut servir à préciser l’objet d’une loi ainsi qu’à faciliter l’interprétation de termes ambigus: *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), par R. Sullivan, à la p. 261. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* a certainement cette utilité. À mon avis, toutefois, il va même plus loin. Pour reprendre les propos du juge Rand, le préambule énonce [TRADUCTION] «la thèse politique que la Loi exprime»: *Switzman*, précité, à la p. 306. Il reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme je l’ai dit précédemment, ces dispositions ne font qu’établir ces principes structurels dans l’appareil institutionnel qu’elles créent ou envisagent. En tant que tel, le préambule est non seulement une clef permettant d’interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. Il est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la Loi.

Quels sont les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprimés dans le préambule? Celui-ci fait état du désir des provinces fondatrices de «s’unir en fédération pour former un seul et même dominion», il concerne donc la répartition des pouvoirs. De plus, par sa référence

“a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”, the preamble indicates that the legal and institutional structure of constitutional democracy in Canada should be similar to that of the legal regime out of which the Canadian Constitution emerged. To my mind, both of these aspects of the preamble explain many of the cases in which the Court has, through the normal process of constitutional interpretation, stated some fundamental rules of Canadian constitutional law which are not found in the express terms of the *Constitution Act, 1867*.

97

I turn first to the jurisprudence under the division of powers, to illustrate how the process of gap-filling has occurred and how it can be understood by reference to the preamble. One example where the Court has inferred a fundamental constitutional rule which is not found in express terms in the Constitution is the doctrine of full faith and credit. Under this doctrine, the courts of one province are under a constitutional obligation to recognize the decisions of the courts of another province: *Hunt v. T & N PLC*, [1993] 4 S.C.R. 289. The justification for this rule has been aptly put by Professor Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at p. 13-18):

Within a federal state, it seems obvious that, if a provincial court takes jurisdiction over a defendant who is resident in another province, and if the court observes constitutional standards . . . , the resulting judgment should be recognized by the courts of the defendant's province.

Speaking for the Court in *Hunt*, La Forest J. identified a number of sources for reading the doctrine of full faith and credit into the scheme of the Constitution: a common citizenship, interprovincial mobility of citizens, the common market created by the union, and the essentially unitary structure of our judicial system. At root, these factors combined to evince “the obvious intention of the Constitution to create a single country”: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at p. 1099. An alternative explanation of the decision, however, is that the Court was merely giving effect to the “[d]esire” of the founding

à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», il indique que l'organisation juridique et institutionnelle de la démocratie constitutionnelle au Canada doit être similaire au régime juridique duquel émane la Constitution canadienne. Selon moi, ces deux aspects du préambule expliquent bon nombre des arrêts dans lesquels notre Cour a, par le processus normal d'interprétation de la Constitution, affirmé l'existence de certaines règles fondamentales du droit constitutionnel canadien qui ne se trouvent pas dans les termes exprès de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je vais d'abord examiner la jurisprudence relative au partage des pouvoirs, pour illustrer la façon dont les vides ont été comblés et comment ce processus peut être appréhendé par référence au préambule. Un exemple de cas où la Cour a inféré l'existence d'une règle constitutionnelle fondamentale qui n'est pas formulée en termes exprès dans la Constitution est l'application du principe de la reconnaissance totale, en vertu duquel les tribunaux d'une province ont l'obligation constitutionnelle de reconnaître les décisions des tribunaux d'une autre province: *Hunt c. T & N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289. La justification de cette règle a été bien exprimée par le professeur Hogg (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 13-18):

[TRADUCTION] Dans un État fédéral, il semble évident que, si un tribunal provincial exerce sa compétence à l'égard d'un défendeur qui est un résident d'une autre province, et que le tribunal observe les normes constitutionnelles [. . .], le jugement en résultant devrait être reconnu par les tribunaux de la province du défendeur.

S'exprimant pour la Cour dans *Hunt*, le juge La Forest a dégagé un certain nombre de caractéristiques qui justifiaient d'inférer l'existence du principe de la reconnaissance totale dans la Constitution: citoyenneté commune, droit des citoyens de se déplacer d'une province à l'autre, marché commun créé par l'Union et organisation essentiellement unitaire de notre système judiciaire. Fondamentalement, l'ensemble de ces facteurs témoigne de «l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays»: *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, à la p. 1099. Une autre façon d'expliquer cet arrêt,

provinces “to be federally united into One Dominion”, an organizing principle of the Constitution that was recognized and affirmed in the preamble, and which was given express form in the provisions identified by La Forest J.

Another example where the Court has inferred a basic rule of Canadian constitutional law despite the silence of the constitutional text is the doctrine of paramountcy. Simply stated, the doctrine asserts that where both the Parliament of Canada and one or more of the provincial legislatures have enacted legislation which comes into conflict, the federal law shall prevail. The doctrine of paramountcy is of fundamental importance in a legal system with more than one source of legislative authority, because it provides a guide to courts and ultimately to citizens on how to reconcile seemingly inconsistent legal obligations. However, it is nowhere to be found in the *Constitution Act, 1867*. The doctrinal origins of paramountcy are obscure, although it has been said that it “is necessarily implied in our constitutional act”: *Huson v. Township of South Norwich* (1895), 24 S.C.R. 145, at p. 149. I would venture that the doctrine of paramountcy follows from the desire of the confederating provinces “to be federally united into One Dominion”. Relying on the preamble explains, for example, why federal laws are paramount over provincial laws, not the other way around.

The preamble, by its reference to “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”, points to the nature of the legal order that envelops and sustains Canadian society. That order, as this Court held in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 749, is “an actual order of positive laws”, an idea that is embraced by the notion of the rule of law. In that case, the Court explicitly relied on the preamble to the *Constitution Act, 1867*, as one basis for holding that the rule of law was a fundamental principle of the Canadian Constitution. The rule of law led the Court to confer temporary validity on the laws of

toutefois, est de dire que la Cour ne faisait que donner effet au «désir» des provinces fondatrices «de s’unir en fédération pour former un seul et même dominion», principe structurel de la Constitution, qui a été reconnu et confirmé dans le préambule et auquel il a été donné forme par les diverses manifestations mentionnées par le juge La Forest.

Un autre exemple où la Cour a inféré l’existence d’une règle fondamentale du droit constitutionnel canadien en dépit du silence du texte constitutionnel est celui de l’application du principe de la suprématie. En résumé, suivant ce principe, en cas de conflit entre une loi fédérale et une loi édictée par une ou plusieurs des législatures provinciales, la première l’emporte. Ce principe revêt une importance fondamentale dans un système juridique où il y a partage du pouvoir de légiférer, car il guide les tribunaux et, en bout de ligne, les citoyens sur la manière de concilier des obligations juridiques en apparence incompatibles. Toutefois, il n’est énoncé nulle part dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les origines de ce principe sont obscures, quoiqu’on ait dit qu’il [TRADUCTION] «est nécessairement implicite dans notre loi constitutionnelle»: *Huson c. Township of South Norwich* (1895), 24 R.C.S. 145, à la p. 149. Je me hasarderais à affirmer que le principe de la suprématie découle du désir des provinces «de s’unir en fédération pour former un seul et même dominion». Le préambule permet d’expliquer pourquoi, par exemple, les lois fédérales l’emportent sur les lois provinciales, et non l’inverse.

En faisant mention d’«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», le préambule souligne la nature de l’ordre juridique qui encadre et soutient la société canadienne. Cet ordre, comme l’a dit notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 749, est «un ordre réel de droit positif», idée qui est englobée dans la notion de primauté du droit. Dans cet arrêt, notre Cour a explicitement invoqué le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour déclarer que la primauté du droit était un principe fondamental de la Constitution canadienne. La primauté du droit a amené la

Manitoba which were unconstitutional because they had been enacted only in English, in contravention of the *Manitoba Act, 1870*. The Court developed this remedial innovation notwithstanding the express terms of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that unconstitutional laws are “of no force or effect”, a provision that suggests that declarations of invalidity can only be given immediate effect. The Court did so in order to not “deprive Manitoba of its legal order and cause a transgression of the rule of law” (p. 753). *Reference re Manitoba Language Rights* therefore stands as another example of how the fundamental principles articulated by preamble have been given legal effect by this Court.

Cour à déclarer temporairement valides les lois du Manitoba, qui étaient par ailleurs inconstitutionnelles puisqu’elles avaient été édictées en anglais seulement, en violation de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La Cour a conçu cette réparation novatrice, malgré les termes exprès de la par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* selon lesquels les lois inconstitutionnelles sont «inopérantes», disposition qui semble indiquer que toute déclaration d’invalidité ne peut avoir qu’un effet immédiat. La Cour a agi ainsi afin de ne pas «prive[r] le Manitoba de son ordre sur le plan juridique et cause[r] un manquement au principe de la primauté du droit» (p. 753). Le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* est donc un autre exemple de la manière dont notre Cour a donné un effet juridique aux principes fondamentaux exprimés dans le préambule.

100 Finally, the preamble also speaks to the kind of constitutional democracy that our Constitution comprehends. One aspect of our system of government is the importance of “parliamentary institutions, including popular assemblies elected by the people at large in both provinces and Dominion”: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 330, per Rand J. Again, the desire for Parliamentary government through representative institutions is not expressly found in the *Constitution Act, 1867*; there is no reference in that document, for example, to any requirement that members of Parliament or provincial legislatures be elected. Nevertheless, members of the Court, correctly in my opinion, have been able to infer this general principle from the preamble’s reference to “a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom”.

Finalement, le préambule renvoie également au type de démocratie constitutionnelle consacrée dans notre Constitution. Notre système de gouvernement se définit entre autres par l’importance des [TRADUCTION] «institutions parlementaires, notamment les assemblées populaires qu’élit l’ensemble de la population des provinces et du Dominion»: *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 330, le juge Rand. Encore une fois, le désir de se doter d’un gouvernement parlementaire s’exprimant par des institutions représentatives n’est pas énoncé explicitement dans la *Loi constitutionnelle de 1867*; par exemple, il n’est pas fait mention, dans ce document, de l’exigence que les députés fédéraux ou provinciaux soient élus. Néanmoins, les membres de notre Cour, ont pu, à juste titre à mon avis, déduire ce principe général de la référence dans le préambule à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

101 One implication of the preamble’s recognition and affirmation of Parliamentary democracy is the constitutionalization of legislative privileges for provincial legislatures, and most likely, for Parliament as well. These privileges are necessary to ensure that legislatures can perform their functions, free from interference by the Crown and the courts. Given that legislatures are representative and deliberative institutions, those privileges ulti-

Une implication de la reconnaissance et de la confirmation de la démocratie parlementaire dans le préambule est la constitutionnalisation des privilèges législatifs des législatures provinciales et, très probablement, de ceux du Parlement aussi. Ces privilèges sont nécessaires pour que les législatures puissent exercer leurs fonctions, à l’abri de l’ingérence de l’exécutif et des tribunaux. Étant donné que les législatures sont des institutions

mately serve to protect the democratic nature of those bodies. The Constitution, once again, is silent on this point. Nevertheless, and notwithstanding the reservations I have expressed above, the majority of this Court grounded the privileges of the Nova Scotia Legislative Assembly in the preamble's reference to "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom": *New Brunswick Broadcasting, supra*. It argued that since those privileges inhered in the Parliament in Westminster, the preamble indicated that the intention of the *Constitution Act, 1867* was that "the legislative bodies of the new Dominion would possess similar, although not necessarily identical, powers" (p. 375). Similarly, in discussing the jurisdiction of courts in relation to the exercise of privileges of the Senate or one of its committees, Iacobucci C.J. (as he then was) considered the significance of the preamble's reference to "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" in *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at pp. 485-86:

Strayer J. was of the opinion that courts had such a jurisdiction and found, in particular, that the adoption of the Charter fundamentally altered the nature of the Canadian Constitution such that it is no longer "similar in Principle to that of the United Kingdom" as is stated in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Accepting as we must that the adoption of the Charter transformed to a considerable extent our former system of Parliamentary supremacy into our current one of constitutional supremacy, as former Chief Justice Dickson described it, the sweep of Strayer J.'s comment that our Constitution is no longer similar in principle to that of the United Kingdom is rather wide. Granted much has changed in the new constitutional world of the Charter. But just as purists of federalism have learned to live with the federalist constitution that Canada adopted in 1867 based on principles of parliamentary government in a unitary state such that the United Kingdom was and continues to be, so it seems to me that the British system of constitutional government will continue to co-exist alongside the Charter if not entirely, which it never did, but certainly in many important respects. The nature of [*sic*] scope of this co-existence will depend naturally on

représentatives délibérantes, ces privilèges servent en fin de compte à protéger leur nature démocratique. La Constitution est également muette sur ce point. Néanmoins, et ce en dépit des réserves que j'ai exprimées précédemment, notre Cour à la majorité a basé les privilèges de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse sur la référence faite dans le préambule à «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni»: *New Brunswick Broadcasting, précité*. Elle a affirmé que, puisque ces privilèges étaient inhérents au parlement de Westminster, le préambule indiquait qu'on entendait, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que «les organismes législatifs du nouveau dominion allaient posséder des pouvoirs similaires quoique non nécessairement identiques» (p. 375). De même, dans l'examen de la compétence des tribunaux vis-à-vis de l'exercice des privilèges de Sénat et de ses comités, le juge en chef Iacobucci (maintenant juge de notre Cour) s'est arrêté, dans *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), aux pp. 485 et 486, à l'importance de la mention, dans le préambule, d'«une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni»:

Le juge Strayer a déclaré que les tribunaux possédaient une telle compétence et a conclu, plus précisément, que l'adoption de la Charte a fondamentalement modifié la nature de la Constitution canadienne; celle-ci n'est plus «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», comme on le précise dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Puisque nous devons convenir que l'adoption de la Charte a transformé dans une large mesure l'ancien régime de suprématie parlementaire en un régime de suprématie constitutionnelle, comme l'a qualifié l'ancien juge en chef Dickson, la portée de la remarque du juge Strayer voulant que notre Constitution ne soit plus semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni est plutôt vaste. Certes, beaucoup de choses ont changé sur le plan constitutionnel depuis l'adoption de la Charte. Cependant, si les tenants d'un fédéralisme pur ont appris à vivre avec la constitution fédéraliste dont le Canada s'est doté en 1867 en s'inspirant des principes de gouvernement parlementaire régissant l'État unitaire qu'était et qu'est encore le Royaume-Uni, il me semble que le régime britannique de gouvernement constitutionnel continuera de coexister avec la Charte, sinon dans son intégralité, ce qui n'a d'ailleurs jamais été le cas, au moins sous bien des aspects importants. La nature et l'étendue de cette

the jurisprudence that results from the questions brought before the courts.

102

Another implication of the preamble's recognition of Parliamentary democracy has been an appreciation of the interdependence between democratic governance and freedom of political speech. Thus, members of the Court have reasoned that Parliamentary democracy brought with it "all its social implications" (*Switzman, supra*, at p. 306, *per* Rand J.), including the implication that these institutions would

wor[k] under the influence of public opinion and public discussion . . . [because] such institutions derive their efficacy from the free public discussion of affairs, from criticism and answer and counter-criticism, from attack upon policy and administration and defence and counter-attack, from the freest and fullest analysis and examination from every point of view of political proposals.

(*Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 133, *per* Duff C.J.)

Political freedoms, such as the right to freedom of expression, are not enumerated heads of jurisdiction under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*; the document is silent on their very existence. However, given the importance of political expression to national political life, combined with the intention to create one country, members of the Court have taken the position that the limitation of that expression is solely a matter for Parliament, not the provincial legislatures: *Reference re Alberta Statutes, supra*, at p. 134, *per* Duff C.J., and at p. 146, *per* Cannon J.; *Saumur, supra*, at pp. 330-31, *per* Rand J., and at pp. 354-56, *per* Kellock J.; *Switzman, supra*, at p. 307, *per* Rand J., and at p. 328, *per* Abbott J.

103

The logic of this argument, however, compels a much more dramatic conclusion. Denying jurisdiction over political speech to the provincial legislatures does not limit Parliament's ability to do what the provinces cannot. However, given the interdependence between national political institutions

coexistence dépendront évidemment des décisions que rendront les tribunaux à propos des questions dont ils seront saisis.

Une autre implication de la reconnaissance de la démocratie parlementaire dans le préambule a été la prise en compte de l'interdépendance entre la notion de gouvernement démocratique et celle de liberté d'expression politique. Ainsi, les membres de la Cour ont estimé que la démocratie parlementaire s'accompagnait de [TRADUCTION] «toutes ses répercussions sociales» (*Switzman, précité*, à la p. 306, le juge Rand), y compris l'implication que ces institutions

[TRADUCTION] fonctionne[nt] sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion [. . . en ce qu'elles] tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets politiques.

(*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133, le juge en chef Duff.)

Les libertés politiques, tel le droit à la liberté d'expression, ne font pas partie des chefs de compétence énumérés aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, document qui est muet sur leur existence même. Toutefois, compte tenu de l'importance de l'expression politique pour la vie politique nationale, et de l'objectif de créer un pays uni, les membres de la Cour ont adopté la position que la restriction de cette forme d'expression est un sujet réservé exclusivement au Parlement, et non aux législatures provinciales: *Reference re Alberta Statutes, précité*, à la p. 134, le juge en chef Duff, et à la p. 146, le juge Cannon; *Saumur, précité*, aux pp. 330 et 331, le juge Rand, et aux pp. 354 à 356, le juge Kellock; *Switzman, précité*, à la p. 307, le juge Rand, et à la p. 328, le juge Abbott.

La logique de cet argument commande cependant une conclusion beaucoup plus marquante. Refuser aux législatures provinciales compétence sur l'expression politique ne limite pas le pouvoir du Parlement de faire ce qui est interdit aux provinces. Toutefois, vu l'interdépendance des institu-

and free speech, members of the Court have suggested that Parliament itself is incompetent to “abrogate this right of discussion and debate”: *Switzman, supra*, at p. 328, *per* Abbott J.; also see Rand J. at p. 307; *Saumur, supra*, at p. 354, *per* Kellock J.; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57, *per* Beetz J. In this way, the preamble’s recognition of the democratic nature of Parliamentary governance has been used by some members of the Court to fashion an implied bill of rights, in the absence of any express indication to this effect in the constitutional text. This has been done, in my opinion, out of a recognition that political institutions are fundamental to the “basic structure of our Constitution” (*OPSEU, supra*, at p. 57) and for that reason governments cannot undermine the mechanisms of political accountability which give those institutions definition, direction and legitimacy.

These examples — the doctrines of full faith and credit and paramountcy, the remedial innovation of suspended declarations of invalidity, the recognition of the constitutional status of the privileges of provincial legislatures, the vesting of the power to regulate political speech within federal jurisdiction, and the inferral of implied limits on legislative sovereignty with respect to political speech — illustrate the special legal effect of the preamble. The preamble identifies the organizing principles of the *Constitution Act, 1867*, and invites the courts to turn those principles into the premises of a constitutional argument that culminates in the filling of gaps in the express terms of the constitutional text.

The same approach applies to the protection of judicial independence. In fact, this point was already decided in *Beauregard*, and, unless and until it is reversed, we are governed by that decision today. In that case (at p. 72), a unanimous Court held that the preamble of the *Constitution Act, 1867*, and in particular, its reference to “a Constitution similar in Principle to that of the

tions politiques nationales et de la liberté d’expression, les juges de la Cour ont indiqué que le Parlement lui-même ne peut pas [TRADUCTION] «abroger ce droit de discussion»: *Switzman*, précité, à la p. 328, le juge Abbott; voir aussi les motifs du juge Rand, à la p. 307; *Saumur*, précité, à la p. 354, le juge Kellock; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57, le juge Beetz. Ainsi, la reconnaissance de la nature démocratique du gouvernement parlementaire dans le préambule a été utilisée par certains membres de notre Cour pour façonner une déclaration des droits implicite, en l’absence de toute indication expresse à cet effet dans le texte constitutionnel. Cette interprétation repose, à mon sens, sur la reconnaissance du caractère essentiel des institutions politiques dans la «structure fondamentale de notre Constitution» (*SEFPO*, précité, à la p. 57), et c’est pourquoi les gouvernements ne peuvent pas miner les mécanismes de la responsabilité politique qui définissent, guident et légitiment ces institutions.

Ces exemples — les principes de la reconnaissance totale et de la suprématie, la réparation novatrice que constitue la déclaration d’invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l’attribution à l’autorité fédérale du pouvoir de régler la liberté d’expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d’expression politique — illustrent l’effet juridique particulier du préambule. Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d’une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

La même approche s’applique à l’égard de la protection de l’indépendance de la magistrature. En fait, ce point a déjà été tranché dans *Beauregard*, et, tant qu’il n’aura pas été infirmé, nous sommes aujourd’hui liés par cet arrêt. Comme nous l’avons dit dans cet arrêt (à la p. 72), le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, en particulier, sa référence à «une constitution sem-

United Kingdom”, was “textual recognition” of the principle of judicial independence. Although in that case, it fell to us to interpret s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, the comments I have just reiterated were not limited by reference to that provision, and the courts which it protects.

106 The historical origins of the protection of judicial independence in the United Kingdom, and thus in the Canadian Constitution, can be traced to the *Act of Settlement* of 1701. As we said in *Valente, supra*, at p. 693, that Act was the “historical inspiration” for the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*. Admittedly, the Act only extends protection to judges of the English superior courts. However, our Constitution has evolved over time. In the same way that our understanding of rights and freedoms has grown, such that they have now been expressly entrenched through the enactment of the *Constitution Act, 1982*, so too has judicial independence grown into a principle that now extends to all courts, not just the superior courts of this country.

107 I also support this conclusion on the basis of the presence of s. 11(d) of the *Charter*, an express provision which protects the independence of provincial court judges only when those courts exercise jurisdiction in relation to offences. As I said earlier, the express provisions of the Constitution should be understood as elaborations of the underlying, unwritten, and organizing principles found in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Even though s. 11(d) is found in the newer part of our Constitution, the *Charter*, it can be understood in this way, since the Constitution is to be read as a unified whole: *Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, at p. 1206. An analogy can be drawn between the express reference in the preamble of the *Constitution Act, 1982* to the rule of law and the implicit inclusion of that principle in the *Constitution Act, 1867*: *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, at p. 750. Section 11(d), far

blable dans son principe à celle du Royaume-Uni» constituent une «reconnaissance écrite» du principe de l’indépendance de la magistrature. Même si, dans cette affaire, nous étions appelés à interpréter l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les observations que je viens de réitérer ne se limitent pas à cette disposition et aux tribunaux qu’elle protège.

Les origines historiques de la protection de l’indépendance de la magistrature au Royaume-Uni et, partant, dans la Constitution du Canada, remontent à l’*Act of Settlement* de 1701. Comme nous l’avons dit dans *Valente*, précité, à la p. 693, c’est de cette loi que «s’inspirent historiquement» les dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il faut reconnaître que la loi britannique ne protège que les juges des cours supérieures anglaises. Toutefois, notre Constitution a évolué avec le temps. Tout comme notre compréhension des droits et des libertés a progressé, à tel point qu’ils ont été expressément constitutionnalisés par l’édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l’indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays.

Je fonde également cette conclusion sur la présence, dans la *Charte*, de l’al. 11d), disposition expresse qui protège l’indépendance des juges des cours provinciales, mais seulement dans l’exercice de leur juridiction sur les personnes faisant l’objet d’une inculpation. Comme je l’ai dit plus tôt, les dispositions expresses de la Constitution doivent être considérées comme étant l’expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que l’al. 11d) figure dans la partie la plus récente de notre Constitution, la *Charte*, il peut être considéré ainsi, puisque la Constitution doit être interprétée comme un tout intégré: *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, à la p. 1206. Il est possible de faire une analogie entre la référence expresse à la primauté du droit dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982* et l’inclusion implicite de ce principe dans la *Loi*

from indicating that judicial independence is constitutionally enshrined for provincial courts only when those courts exercise jurisdiction over offences, is proof of the existence of a general principle of judicial independence that applies to all courts no matter what kind of cases they hear.

I reinforce this conclusion by reference to the central place that courts hold within the Canadian system of government. In *OPSEU*, as I have mentioned above, Beetz J. linked limitations on legislative sovereignty over political speech with “the existence of certain political institutions” as part of the “basic structure of our Constitution” (p. 57). However, political institutions are only one part of the basic structure of the Canadian Constitution. As this Court has said before, there are three branches of government — the legislature, the executive, and the judiciary: *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 469; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 620. Courts, in other words, are equally “definitional to the Canadian understanding of constitutionalism” (*Cooper, supra*, at para. 11) as are political institutions. It follows that the same constitutional imperative — the preservation of the basic structure — which led Beetz J. to limit the power of legislatures to affect the operation of political institutions, also extends protection to the judicial institutions of our constitutional system. By implication, the jurisdiction of the provinces over “courts”, as that term is used in s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, contains within it an implied limitation that the independence of those courts cannot be undermined.

In conclusion, the express provisions of the *Constitution Act, 1867* and the *Charter* are not an exhaustive written code for the protection of judicial independence in Canada. Judicial independence is an unwritten norm, recognized and

constitutionnelle de 1867: Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, à la p. 750. Loin d’indiquer que l’indépendance des juges des cours provinciales n’est consacrée dans la Constitution que pour les cas où ces cours exercent une juridiction sur les personnes faisant l’objet d’une inculpation, l’al. 11*d*) atteste l’existence d’un principe général d’indépendance de la magistrature qui s’applique à tous les tribunaux, sans égard au type d’affaires qu’ils entendent.

J’étaye également cette conclusion sur la place centrale qu’occupent les tribunaux dans le système de gouvernement au Canada. Dans *SEFPO*, comme je l’ai dit précédemment, le juge Beetz a lié les restrictions de la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d’expression à «l’existence de certaines institutions politiques» au sein de la «structure fondamentale de notre Constitution» (p. 57). Toutefois, les institutions politiques ne sont qu’une partie de la structure fondamentale de la Constitution canadienne. Comme notre Cour l’a dit dans le passé, l’État est composé de trois pouvoirs — le législatif, l’exécutif et le judiciaire: *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 469; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, à la p. 620. Autrement dit, les tribunaux sont «un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada» (*Cooper*, précité, au par. 11) au même titre que les institutions politiques. Il s’ensuit que le même impératif constitutionnel — la préservation de la structure fondamentale — qui a amené le juge Beetz à limiter le pouvoir des législatures de porter atteinte au fonctionnement des institutions politiques, étend cette protection aux institutions judiciaires de notre système constitutionnel. Par implication, la compétence des provinces sur les «tribunaux», au sens du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, comporte une limitation implicite, savoir l’interdiction de miner l’indépendance de ceux-ci.

En conclusion, les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte* ne codifient pas de manière exhaustive la protection de l’indépendance de la magistrature au Canada. L’indépendance de la magistrature est une norme

affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*. In fact, it is in that preamble, which serves as the grand entrance hall to the castle of the Constitution, that the true source of our commitment to this foundational principle is located. However, since the parties and interveners have grounded their arguments in s. 11(d), I will resolve these appeals by reference to that provision.

B. Section 11(d) of the Charter

110 As I mentioned earlier, these appeals were heard together because they all raise the question of whether and how s. 11(d) of the *Charter* restricts the manner by and extent to which provincial governments and legislatures can reduce the salaries of provincial court judges. Before I can address this specific question, I must make some general comments about the jurisprudence under s. 11(d).

111 The starting point for my discussion is *Valente*, where in a unanimous judgment this Court laid down the interpretive framework for s. 11(d)'s guarantee of judicial independence and impartiality. Le Dain J., speaking for the Court, began by drawing a distinction between impartiality and independence. Later cases have referred to this distinction as "a firm line": *Généreux, supra*, at p. 283. Impartiality was defined as "a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case" (*Valente, supra*, at p. 685 (emphasis added)). It was tied to the traditional concern for the "absence of bias, actual or perceived". Independence, by contrast, focussed on the status of the court or tribunal. In particular, Le Dain J. emphasized that the independence protected by s. 11(d) flowed from "the traditional constitutional value of judicial independence", which he defined in terms of the relationship of the court or tribunal "to others, particularly the executive branch of government" (p. 685). As I expanded in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, the independence protected by s. 11(d) is the independence of the judiciary from the other branches of government, and bodies which can

non écrite, reconnue et confirmée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En fait, c'est dans le préambule, qui constitue le portail de l'édifice constitutionnel, que se trouve la véritable source de notre engagement envers ce principe fondamental. Toutefois, comme les parties et les intervenants ont basé leurs arguments sur l'al. 11d), je vais trancher les présents pourvois en me référant à cette disposition.

B. L'alinéa 11d) de la Charte

Comme je l'ai mentionné plus tôt, les présents pourvois ont été entendus ensemble parce qu'ils soulèvent tous la question de savoir si l'al. 11d) de la *Charte* a pour effet de restreindre et les moyens par lesquels les gouvernements et les législatures des provinces peuvent réduire les traitements des juges des cours provinciales, et l'ampleur de ces réductions. Avant d'aborder cette question précise, il y a lieu de faire des observations générales sur la jurisprudence relative à l'al. 11d).

Le point de départ de mon analyse est l'arrêt *Valente* où, dans un jugement unanime, notre Cour a établi le cadre d'interprétation de la garantie d'indépendance et d'impartialité de la magistrature énoncée à l'al. 11d). S'exprimant pour la Cour, le juge Le Dain a d'abord distingué l'impartialité et l'indépendance. La jurisprudence postérieure s'est référée à cette distinction en la qualifiant de «ligne de démarcation très nette»: *Généreux*, précité, à la p. 283. L'impartialité a été définie comme «un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée» (*Valente*, précité, à la p. 685 (je souligne)). L'impartialité est liée au souci traditionnel d'«absence de préjugé, réel ou apparent». Par contraste, il a été dit que l'indépendance concernait plutôt le statut de la cour ou du tribunal. En particulier, le juge Le Dain a souligné que l'indépendance protégée par l'al. 11d) découlait de «la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire», qu'il a définie comme la relation de la cour ou du tribunal «avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement» (p. 685). Comme je l'ai explicité dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, l'indépendance protégée par l'al. 11d) est l'indépendance de la magis-

exercise pressure on the judiciary through power conferred on them by the state.

Le Dain J. went on in *Valente* to state that independence was premised on the existence of a set of “objective conditions or guarantees” (p. 685), whose absence would lead to a finding that a tribunal or court was not independent. The existence of objective guarantees, of course, follows from the fact that independence is status oriented; the objective guarantees define that status. However, he went on to supplement the requirement for objective conditions with what could be interpreted as a further requirement: that the court or tribunal be reasonably perceived as independent. The reason for this additional requirement was that the guarantee of judicial independence has the goal not only of ensuring that justice is done in individual cases, but also of ensuring public confidence in the justice system. As he said (at p. 689):

Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception.

However, it would be a mistake to conclude that Le Dain J. intended the objective guarantees and the reasonable perception of independence to be two distinct concepts. Rather, the objective guarantees must be viewed as those guarantees that are necessary to ensure a reasonable perception of independence. As Le Dain J. said himself, for a court or tribunal to be perceived as independent, that “perception must... be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence” (p. 689).

Another point which emerges from *Valente* relates to the question of whose perceptions count. The answer given is that of the reasonable and informed person. This standard was formulated by

trature par rapport aux autres pouvoirs de l'État et aux organismes qui peuvent exercer des pressions sur les juges en raison de l'autorité dont ils sont investis par l'État.

Dans *Valente*, le juge Le Dain a ajouté que l'indépendance reposait sur l'existence d'un ensemble de «conditions ou garanties objectives» (p. 685), dont l'absence amènerait à conclure qu'un tribunal ou une cour n'est pas indépendant. Il va de soi que l'existence de garanties objectives découle du fait que l'indépendance est liée au statut; les garanties objectives définissent ce statut. Toutefois, le juge Le Dain a ajouté à l'exigence relative aux conditions objectives ce qui pourrait être considéré comme une condition supplémentaire: savoir que la cour ou le tribunal en cause doit raisonnablement être perçu comme indépendant. Cette condition additionnelle a été formulée parce que l'objectif de la garantie d'indépendance de la magistrature est non seulement de faire en sorte que justice soit rendue dans les différentes instances, mais également d'assurer la confiance du public dans le système judiciaire. Comme l'a dit le juge Le Dain (à la p. 689):

Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception.

Toutefois, ce serait une erreur de conclure que le juge Le Dain voulait dire que les garanties objectives et la perception raisonnable d'indépendance sont deux notions distinctes. Les garanties objectives doivent plutôt être considérées comme étant les garanties nécessaires pour assurer une perception raisonnable d'indépendance. Comme l'a dit lui-même le juge Le Dain, pour qu'une cour ou un tribunal soit perçu comme étant indépendant, cette «perception [...] doit [...] être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire» (p. 689).

Un autre point qui se dégage de l'arrêt *Valente* est la question de l'identité de ceux qui doivent avoir cette perception. On a répondu qu'il s'agit de la perception d'une personne raisonnable et bien

de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, with respect to a reasonable apprehension of bias, and was cited with approval in *Valente*, *supra*, at p. 684:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. . . ."

That test was adapted to the determination of judicial independence by Howland C.J.O. in his judgment in the Ontario Court of Appeal in *R. v. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, at pp. 439-40:

The question that now has to be determined is whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically would conclude [that the tribunal or court was independent].

To my mind, the decisions of Howland C.J.O. in *Valente*, and de Grandpré J. in *National Energy Board*, correctly establish the standard for the test of reasonable perception for the purposes of s. 11(d).

114 After establishing these core propositions, Le Dain J. in *Valente* went on to discuss two sets of concepts; the three core characteristics of judicial independence, and what I term the two dimensions of judicial independence.

115 The three core characteristics identified by Le Dain J. are security of tenure, financial security, and administrative independence. *Valente* laid down (at p. 697) two requirements for security of tenure for provincial court judges: those judges could only be removed for cause "related to the capacity to perform judicial functions", and after a "judicial inquiry at which the judge affected is given a full opportunity to be heard". Unlike the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*,

renseignée. Cette norme, qui a été formulée par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, relativement à la crainte raisonnable de partialité, a été citée et approuvée dans *Valente*, précité, à la p. 684:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique . . .»

Ce critère a été adapté par le juge en chef Howland de la Cour d'appel de l'Ontario afin de statuer sur la question de l'indépendance de la magistrature dans *R. c. Valente (No. 2)* (1983), 2 C.C.C. (3d) 417, aux pp. 439 et 440:

[TRADUCTION] La question qui doit maintenant être tranchée est de savoir si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait [que le tribunal ou la cour est indépendant].

À mon avis, la décision du juge en chef Howland dans *Valente* et celle du juge de Grandpré dans *Office national de l'énergie* établissent correctement la norme relative à la perception raisonnable qui doit être utilisée pour l'application de l'al. 11d).

Après avoir établi ces propositions de base, le juge Le Dain a, dans *Valente*, étudié deux séries de notions; les trois caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et ce que j'appelle les deux dimensions de cette indépendance.

Les trois caractéristiques essentielles dégagées par le juge Le Dain sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Dans *Valente*, deux conditions de l'inamovibilité des juges des cours provinciales ont été énoncées: un juge ne peut être révoqué que pour un motif valable «lié à sa capacité d'exercer les fonctions judiciaires», et ce après «une enquête judiciaire [. . .] au cours de laquelle le juge visé a pleinement l'occasion de se faire entendre» (p. 697). Contraire-

which govern the removal of superior court judges, s. 11(d) of the *Charter* does not require an address by the legislature in order to dismiss a provincial court judge.

Financial security was defined in these terms (at p. 706):

The essential point, in my opinion, is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge. [Emphasis added.]

Once again, the Court drew a distinction between the requirements of s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d); whereas the former provision requires that the salaries of superior court judges be set by Parliament directly, the latter allows salaries of provincial court judges to be set either by statute or through an order in council.

Finally, the Court defined the administrative independence of the provincial court, as control by the courts “over the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function” (p. 712). These were defined (at p. 709) in narrow terms as

assignment of judges, sittings of the court, and court lists — as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions. . . .

Although this aspect of judicial independence was also referred to as “institutional independence” in *Valente* at p. 708, that term, as I explain below, has a distinct meaning altogether, and should not be confused with administrative independence.

The three core characteristics of judicial independence — security of tenure, financial security, and administrative independence — should be contrasted with what I have termed the two dimensions of judicial independence. In *Valente*, Le Dain J. drew a distinction between two dimensions of

ment aux dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui régissent la révocation des juges des cours supérieures, l’al. 11d) de la *Charte* n’exige pas une adresse de la législature pour la révocation d’un juge d’une cour provinciale.

La sécurité financière a été définie en ces termes (à la p. 706):

L’essentiel, à mon avis, est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu’en aucune manière l’exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l’indépendance du juge pris individuellement. [Je souligne.]

Encore une fois, la Cour a fait une distinction entre les exigences de l’art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celles de l’al. 11d); alors que la première disposition requiert que les traitements des juges des cours supérieures soient fixés directement par le Parlement, la seconde permet que les traitements des juges des cours provinciales soient fixés soit par une loi ou par un décret.

Enfin, la Cour a défini l’indépendance administrative des cours provinciales comme étant le pouvoir par le tribunal de prendre les «décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l’exercice des fonctions judiciaires» (p. 712). Ces décisions ont été définies de manière limitative (à la p. 709):

. . . l’assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l’allocation de salles d’audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions . . .

Bien que cet aspect de l’indépendance de la magistrature ait aussi été qualifié d’«indépendance institutionnelle» dans *Valente*, à la p. 708, ce terme, comme je vais l’expliquer plus loin, a une toute autre signification et ne doit pas être confondu avec l’indépendance administrative.

Les trois caractéristiques essentielles de l’indépendance de la magistrature — inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative — doivent être distinguées de ce que j’ai appelé les deux dimensions de l’indépendance judiciaire. Dans *Valente*, le juge Le Dain a fait une distinction

116

117

118

judicial independence, the individual independence of a judge and the institutional or collective independence of the court or tribunal of which that judge is a member. In other words, while individual independence attaches to individual judges, institutional or collective independence attaches to the court or tribunal as an institutional entity. The two different dimensions of judicial independence are related in the following way (*Valente, supra*, at p. 687):

The relationship between these two aspects of judicial independence is that an individual judge may enjoy the essential conditions of judicial independence but if the court or tribunal over which he or she presides is not independent of the other branches of government, in what is essential to its function, he or she cannot be said to be an independent tribunal.

entre les deux dimensions de l'indépendance judiciaire, l'indépendance individuelle d'un juge et l'indépendance institutionnelle ou collective de la cour ou du tribunal auquel le juge appartient. En d'autres mots, si l'indépendance individuelle s'attache aux juges pris individuellement, l'indépendance institutionnelle ou collective s'attache à la cour ou au tribunal en tant qu'entité institutionnelle. Ces deux dimensions différentes de l'indépendance de la magistrature sont liées de la façon suivante (*Valente, précité*, à la p. 687):

Le rapport entre ces deux aspects de l'indépendance judiciaire est qu'un juge, pris individuellement, peut jouir des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire, mais si la cour ou le tribunal qu'il préside n'est pas indépendant des autres organes du gouvernement dans ce qui est essentiel à sa fonction, on ne peut pas dire qu'il constitue un tribunal indépendant.

119

It is necessary to explain the relationship between the three core characteristics and the two dimensions of judicial independence, because Le Dain J. did not fully do so in *Valente*. For example, he stated that security of tenure was part of the individual independence of a court or tribunal, whereas administrative independence was identified with institutional or collective independence. However, the core characteristics of judicial independence, and the dimensions of judicial independence, are two very different concepts. The core characteristics of judicial independence are distinct facets of the definition of judicial independence. Security of tenure, financial security, and administrative independence come together to constitute judicial independence. By contrast, the dimensions of judicial independence indicate which entity — the individual judge or the court or tribunal to which he or she belongs — is protected by a particular core characteristic.

Il est nécessaire d'expliquer le rapport qui existe entre les trois caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et les deux dimensions de ce principe, parce que l'explication donnée par le juge Le Dain dans *Valente* est incomplète. À titre d'exemple, ce dernier a affirmé que l'inamovibilité se rattachait à l'indépendance individuelle des membres d'une cour ou d'un tribunal, tandis que l'indépendance administrative s'attachait à l'indépendance institutionnelle ou collective de la cour ou du tribunal concerné. Toutefois, les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et les dimensions de cette indépendance sont deux concepts très différents. Les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature sont des facettes distinctes de la définition de cette indépendance. L'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative forment, ensemble, l'indépendance de la magistrature. Par contraste, les dimensions de cette indépendance indiquent lequel — du juge pris individuellement ou de la cour ou du tribunal auquel il appartient — est protégé par une caractéristique essentielle donnée.

120

The conceptual distinction between the core characteristics and the dimensions of judicial independence suggests that it may be possible for a core characteristic to have both an individual and

La distinction conceptuelle entre les caractéristiques essentielles de l'indépendance de la magistrature et les dimensions de ce principe tend à indiquer qu'il est possible qu'une caractéristique

an institutional or collective dimension. To be sure, sometimes a core characteristic only attaches to a particular dimension of judicial independence; administrative independence, for example, only attaches to the court as an institution (although sometimes it may be exercised on behalf of a court by its chief judge or justice). However, this need not always be the case. The guarantee of security of tenure, for example, may have a collective or institutional dimension, such that only a body composed of judges may recommend the removal of a judge. However, I need not decide that particular point here.

What I do propose, however, is that financial security has both an individual and an institutional or collective dimension. *Valente* only talked about the individual dimension of financial security, when it stated that salaries must be established by law and not allow for executive interference in a manner which could “affect the independence of the individual judge” (p. 706). Similarly, in *Généreux*, speaking for a majority of this Court, I applied *Valente* and held that performance-related pay for the conduct of judge advocates and members of a General Court Martial during the Court Martial violated s. 11(d), because it could reasonably lead to the perception that those individuals might alter their conduct during a hearing in order to favour the military establishment.

However, *Valente* did not preclude a finding that, and did not decide whether, financial security has a collective or institutional dimension as well. That is the issue we must address today. But in order to determine whether financial security has a collective or institutional dimension, and if so, what collective or institutional financial security looks like, we must first understand what the institutional independence of the judiciary is. I emphasize this point because, as will become apparent, the conclusion I arrive at regarding the collective or institutional dimension of financial security builds upon traditional understandings of the

essentielle ait à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle ou collective. Certes, il est parfois possible qu’une caractéristique essentielle ne s’attache qu’à une dimension particulière de l’indépendance de la magistrature; l’indépendance administrative, par exemple, ne s’attache qu’à la cour en tant qu’institution (quoique parfois cette indépendance peut être exercée par le juge en chef de la cour visée). Toutefois, il n’est pas nécessaire que ce soit toujours le cas. Par exemple, l’inamovibilité peut avoir une dimension collective ou institutionnelle, en ce que seul un organisme composé de juges peut recommander la révocation d’un juge. Cependant, je n’ai pas à trancher ce point en l’espèce.

Toutefois, j’affirme que la sécurité financière a à la fois une dimension individuelle et une dimension institutionnelle ou collective. Dans *Valente*, la Cour n’a traité que de la dimension individuelle de la sécurité financière, quand elle a dit que les traitements doivent être établis par la loi et que l’exécutif ne doit pas pouvoir s’immiscer de façon à «affecter l’indépendance du juge pris individuellement» (p. 706). De même, dans *Généreux*, parlant pour la majorité de notre Cour, j’ai appliqué l’arrêt *Valente* et statué que la rémunération au rendement rattachée à la conduite des juges-avocats et des juges d’une cour martiale générale pendant la durée de la cour martiale violait l’al. 11d), parce qu’elle pouvait raisonnablement faire naître la perception que ces individus pourraient modifier leur conduite durant une audience afin de favoriser l’état-major.

Toutefois, l’arrêt *Valente* n’a pas tranché la question de savoir si la sécurité financière a aussi une dimension collective ou institutionnelle, et il n’écarte pas une telle conclusion. Voilà la question qu’il nous faut examiner aujourd’hui. Mais pour décider si la sécurité financière a une dimension collective ou institutionnelle, et, dans l’affirmative, en définir les tenants et aboutissants, nous devons d’abord comprendre en quoi consiste l’indépendance institutionnelle de la magistrature. J’insiste sur ce point, parce que, comme nous le verrons, la conclusion à laquelle j’arrive en ce qui a trait à la dimension collective ou institutionnelle de la sécu-

121

122

proper constitutional relationship between the judiciary, the executive, and the legislature.

C. Institutional Independence

123

As I have mentioned, the concept of the institutional independence of the judiciary was discussed in *Valente*. However, other than stating that institutional independence is different from individual independence, the concept was left largely undefined. In *Beauregard* this Court expanded the meaning of that term, once again by contrasting it with individual independence. Individual independence was referred to as the “historical core” of judicial independence, and was defined as “the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them” (p. 69). It is necessary for the fair and just adjudication of individual disputes. By contrast, the institutional independence of the judiciary was said to arise out of the position of the courts as organs of and protectors “of the Constitution and the fundamental values embodied in it — rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important” (p. 70). Institutional independence enables the courts to fulfill that second and distinctly constitutional role.

124

Beauregard identified a number of sources for judicial independence which are constitutional in nature. As a result, these sources additionally ground the institutional independence of the courts. The institutional independence of the courts emerges from the logic of federalism, which requires an impartial arbiter to settle jurisdictional disputes between the federal and provincial orders of government. Institutional independence also inheres in adjudication under the *Charter*, because the rights protected by that document are rights against the state. As well, the Court pointed to the preamble and judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, as additional sources of judicial independence; I also consider those sources to

rité financière s’appuie sur les conceptions traditionnelles des rapports constitutionnels que doivent entretenir les pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif.

C. L’indépendance institutionnelle

Comme je l’ai mentionné, la notion d’indépendance institutionnelle de la magistrature a été examinée dans *Valente*. Toutefois, sauf pour dire que l’indépendance institutionnelle est différente de l’indépendance individuelle, la Cour n’a pour l’essentiel pas défini cette notion. Dans *Beauregard*, notre Cour a élargi le sens de ce terme, une fois de plus en l’opposant à l’indépendance individuelle, qui a été «historiquement, l’essentiel» du principe de l’indépendance de la magistrature, principe qui a été défini comme étant «la liberté complète des juges pris individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises» (p. 69). L’indépendance de la magistrature est nécessaire pour que les différents litiges soient tranchés de façon juste et équitable. Par contraste, a dit la Cour, l’indépendance institutionnelle de la magistrature découle du rôle des tribunaux en tant qu’organes constitutionnels et protecteurs «de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées — la primauté du droit, la justice fondamentale, l’égalité, la préservation du processus démocratique, pour n’en nommer peut-être que les plus importantes» (p. 70). L’indépendance institutionnelle permet aux tribunaux de jouer ce deuxième rôle, qui a nettement un caractère constitutionnel.

Dans *Beauregard*, la Cour a fait état d’un certain nombre de sources de l’indépendance de la magistrature, sources qui sont de nature constitutionnelle et, en conséquence, contribuent à ancrer davantage l’indépendance institutionnelle des tribunaux. L’indépendance institutionnelle des tribunaux découle de la logique du fédéralisme, qui exige un arbitre impartial pour régler les conflits de compétence entre le fédéral et les provinces. Elle est en outre inhérente à la fonction juridictionnelle des tribunaux dans les litiges fondés sur la *Charte*, parce que les droits protégés par ce document sont des droits qui sont invoqués contre l’État. De plus, la Cour a souligné que le préambule et les dispositions relatives à la magistrature de la *Loi constitu-*

ground the judiciary's institutional independence. Taken together, it is clear that the institutional independence of the judiciary is "definitional to the Canadian understanding of constitutionalism" (*Cooper, supra*, at para. 11).

But the institutional independence of the judiciary reflects a deeper commitment to the separation of powers between and amongst the legislative, executive, and judicial organs of government: see *Cooper, supra*, at para. 13. This is also clear from *Beauregard*, where this Court noted (at p. 73) that although judicial independence had historically developed as a bulwark against the abuse of executive power, it equally applied against "other potential intrusions, including any from the legislative branch" as a result of legislation.

What follows as a consequence of the link between institutional independence and the separation of powers I will turn to shortly. The point I want to make first is that the institutional role demanded of the judiciary under our Constitution is a role which we now expect of provincial court judges. I am well aware that provincial courts are creatures of statute, and that their existence is not required by the Constitution. However, there is no doubt that these statutory courts play a critical role in enforcing the provisions and protecting the values of the Constitution. Inasmuch as that role has grown over the last few years, it is clear therefore that provincial courts must be granted some institutional independence.

This role is most evident when we examine the remedial powers of provincial courts with respect to the enforcement of the Constitution. Notwithstanding that provincial courts are statutory bodies, this Court has held that they can enforce the supremacy clause, s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. A celebrated example of the use of s. 52 by provincial courts is *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 195 (Prov. Ct.) (upheld

tionnelle de 1867 étaient des sources supplémentaires de l'indépendance de la magistrature; quant à moi, ces sources fondent aussi l'indépendance institutionnelle de la magistrature. Tout compte fait, il est clair que l'indépendance institutionnelle de la magistrature est «un élément fondamental de la compréhension du constitutionnalisme au Canada» (*Cooper, précité*, au par. 11).

Cependant, l'indépendance institutionnelle de la magistrature reflète un engagement plus profond envers la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'État: voir *Cooper, précité*, au par. 13. Cela ressort également de façon claire de l'arrêt *Beauregard*, où notre Cour a souligné (aux pp. 73 et 74) que, bien que l'indépendance de la magistrature ait été conçue historiquement comme un rempart contre l'abus du pouvoir exécutif, elle servait également à contrer «toute autre ingérence possible, y compris celle du pouvoir législatif» au moyen de lois.

Je vais bientôt aborder les conséquences du lien entre l'indépendance institutionnelle et la séparation des pouvoirs. Auparavant, je tiens à souligner que le rôle institutionnel requis par notre Constitution des tribunaux est un rôle que nous nous attendons maintenant à voir jouer par les juges des cours provinciales. Je reconnais que les cours provinciales sont créés par voie législative et que leur existence n'est pas exigée par la Constitution. Toutefois, il ne fait aucun doute que ces tribunaux d'origine législative jouent un rôle crucial dans l'application des dispositions de la Constitution et la protection des valeurs consacrées par celle-ci. Dans la mesure où ce rôle s'est accru au cours des dernières années, il est clair qu'il convient de reconnaître aux cours provinciales une certaine indépendance institutionnelle.

Ce rôle ressort de façon très évidente de l'examen des pouvoirs de réparation dont les cours provinciales sont investies pour faire respecter la Constitution. Quoique les cours provinciales soient établies par voie législative, notre Cour a statué qu'elles pouvaient faire respecter la disposition énonçant la primauté de la Constitution, soit l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Un exemple célèbre de l'application de l'art. 52 par les

125

126

127

by this Court in [1985] 1 S.C.R. 295), which became one of the seminal cases in *Charter* jurisprudence. Provincial courts, moreover, frequently employ the remedial powers conferred by ss. 24(1) and 24(2) of the *Charter*, because they are courts of competent jurisdiction for the purposes of those provisions: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. Thus, provincial courts have the power to order stays of proceedings: e.g., *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. As well, provincial courts can exclude evidence obtained in violation of a *Charter* right: e.g., *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. They use ss. 24(1) and 24(2) because of their dominant role in the adjudication of criminal cases, where the need to resort to those remedial provisions most often arises.

128 In addition to enforcing the rights in ss. 7-14 of the *Charter*, which predominantly operate in the criminal justice system, provincial courts also enforce the fundamental freedoms found in s. 2 of the *Charter*, such as freedom of religion (*Big M*) and freedom of expression (*Ramsden v. Peterborough (City)*), [1993] 2 S.C.R. 1084). As well, they police the federal division of powers, by interpreting the heads of jurisdiction found in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*: e.g., *Big M* and *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. Finally, many decisions on the rights of Canada's aboriginal peoples, which are protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, are made by provincial courts: e.g., *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

129 It is worth noting that the increased role of provincial courts in enforcing the provisions and protecting the values of the Constitution is in part a function of a legislative policy of granting greater jurisdiction to these courts. Often, legislation of this nature denies litigants the choice of whether they must appear before a provincial court or a

cours provinciales est la décision *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 195 (C. prov.), qui a été confirmé par notre Cour dans [1985] 1 R.C.S. 295, et qui est devenu l'un des arrêts charnières de la jurisprudence relative à la *Charte*. De plus, les cours provinciales utilisent fréquemment les pouvoirs conférés par les par. 24(1) et (2) de la *Charte* pour accorder une réparation, puisqu'elles sont des tribunaux compétents pour l'application de ces dispositions: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863. En conséquence, les cours provinciales ont le pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures: par exemple *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. De même, elles peuvent écarter des éléments de preuve obtenus en violation d'un droit garanti par la *Charte*: par exemple *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Elles utilisent les par. 24(1) et (2) en raison de leur rôle dominant dans l'audition des instances pénales, affaires où surgit le plus souvent le besoin de recourir à ces dispositions réparatrices.

En plus de faire respecter les droits garantis aux art. 7 à 14 de la *Charte*, droits qui entrent en jeu principalement dans le système de justice pénale, les cours provinciales voient aussi au respect des libertés fondamentales garanties par l'art. 2 de la *Charte*, telles la liberté de religion (*Big M*) et la liberté d'expression (*Ramsden c. Peterborough (Ville)*), [1993] 2 R.C.S. 1084). En outre, elles contrôlent le respect du partage des pouvoirs au sein de la fédération en interprétant les chefs de compétence des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*: par exemple *Big M* et *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Enfin, bon nombre de décisions relatives aux droits des peuples autochtones du Canada, que protège le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sont rendues par des cours provinciales: par exemple *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Il convient de signaler que le rôle accru des cours provinciales dans l'application des dispositions de la Constitution et la protection des valeurs consacrées par celle-ci résulte en partie d'une politique législative qui confie une compétence élargie à ces tribunaux. Il arrive souvent que les lois pertinentes ne laissent pas aux parties la faculté de

superior court. As I explain below, the constitutional response to the shifting jurisdictional boundaries of the courts is to guarantee that certain fundamental aspects of judicial independence be enjoyed not only by superior courts but by provincial courts as well. In other words, not only must provincial courts be guaranteed institutional independence, they must enjoy a certain level of institutional independence.

Finally, although I have chosen to emphasize that judicial independence flows as a consequence of the separation of powers, because these appeals concern the proper constitutional relationship among the three branches of government in the context of judicial remuneration, I do not wish to overlook the fact that judicial independence also operates to insulate the courts from interference by parties to litigation and the public generally: *Lippé, supra*, at pp. 152 *et seq.*, per Gonthier J. As Professor Shetreet has written (in "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges", in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 590, at p. 599):

Independence of the judiciary implies not only that a judge should be free from executive or legislative encroachment and from political pressures and entanglements but also that he should be removed from financial or business entanglement likely to affect or rather to seem to affect him in the exercise of his judicial functions.

D. *Collective or Institutional Financial Security*

(1) Introduction

(a) *Summary of General Principles*

Given the importance of the institutional or collective dimension of judicial independence generally, what is the institutional or collective dimension

décider de s'adresser soit à la cour provinciale soit à un tribunal supérieur. Comme je vais l'expliquer plus loin, la solution constitutionnelle à la modification des limites de la juridiction des tribunaux consiste à garantir que certains aspects fondamentaux de l'indépendance de la magistrature bénéficient non seulement aux cours supérieures mais aussi aux cours provinciales. En d'autres mots, non seulement faut-il garantir l'indépendance institutionnelle aux cours provinciales, mais encore faut-il que celles-ci jouissent d'un degré particulier d'indépendance institutionnelle.

Enfin, même si j'ai choisi d'insister sur le fait que l'indépendance de la magistrature est une conséquence de la séparation des pouvoirs, comme les présents pourvois concernent les rapports constitutionnels que doivent entretenir les trois pouvoirs de l'État relativement à la rémunération des juges, je ne voudrais pas faire abstraction du fait que l'indépendance de la magistrature protège également les tribunaux contre l'ingérence des parties aux litiges dont ils sont saisis et du public en général: *Lippé, précité*, aux pp. 152 et suiv., le juge Gonthier. Comme l'a écrit le professeur Shetreet (dans «Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges», dans S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), 590, à la p. 599):

[TRADUCTION] L'indépendance de la magistrature implique non seulement que les juges doivent être à l'abri des ingérences de l'exécutif et du législatif ainsi que des pressions et imbroglios politiques, mais également des complications financières ou commerciales qui sont susceptibles de leur nuire dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires ou, plutôt, de créer cette impression.

D. *La sécurité financière collective ou institutionnelle*

(1) Introduction

(a) *Sommaire des principes généraux*

Vu l'importance de la dimension institutionnelle ou collective de l'indépendance de la magistrature en général, quelle est la dimension institutionnelle

130

131

sion of financial security? To my mind, financial security for the courts as an institution has three components, which all flow from the constitutional imperative that, to the extent possible, the relationship between the judiciary and the other branches of government be depoliticized. As I explain below, in the context of institutional or collective financial security, this imperative demands that the courts both be free and appear to be free from political interference through economic manipulation by the other branches of government, and that they not become entangled in the politics of remuneration from the public purse.

132 I begin by stating these components in summary fashion.

133 First, as a general constitutional principle, the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class. However, any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to a special process, which is independent, effective, and objective, for determining judicial remuneration, to avoid the possibility of, or the appearance of, political interference through economic manipulation. What judicial independence requires is an independent body, along the lines of the bodies that exist in many provinces and at the federal level to set or recommend the levels of judicial remuneration. Those bodies are often referred to as commissions, and for the sake of convenience, we will refer to the independent body required by s. 11(d) as a commission as well. Governments are constitutionally bound to go through the commission process. The recommendations of the commission would not be binding on the executive or the legislature. Nevertheless, though those recommendations are non-binding, they should not be set aside lightly, and, if the executive or the legislature chooses to depart from them, it has to justify its decision — if need be, in a court of law. As I

ou collective de la sécurité financière? À mon sens, la sécurité financière des tribunaux, en tant qu'institution, comprend trois éléments, qui découlent tous de l'impératif constitutionnel qui veut que, autant que possible, les rapports entre le judiciaire et les deux autres pouvoirs de l'État soient dépolitisés. Comme je l'explique ci-après, dans le contexte de la sécurité financière institutionnelle ou collective, cet impératif commande que la magistrature soit protégée contre l'ingérence politique des autres pouvoirs par le biais de la manipulation financière, qu'elle soit perçue comme tel et qu'elle ne devienne pas empêtrée dans les débats politiques sur la rémunération des personnes payées sur les fonds publics.

Je vais commencer en résumant ces trois éléments.

Premièrement, suivant un principe constitutionnel général, les traitements des juges des cours provinciales peuvent être réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics ou de certaines d'entre elles, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges des cours provinciales en particulier. Cependant, avant de modifier ou de bloquer la rémunération des juges, il faut appliquer un processus particulier — indépendant, efficace et objectif — qui permette de fixer cette rémunération tout en évitant la possibilité d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière, ou la perception qu'une telle situation existe. Pour assurer l'indépendance de la magistrature, il faut recourir à un organisme indépendant chargé de fixer ou de recommander les niveaux de rémunération des juges, analogue à ceux qui existent dans de nombreuses provinces ainsi qu'à l'échelon fédéral. Ces organismes sont souvent appelés des commissions et, par souci de commodité, nous appellerons également commission l'organisme indépendant requis par l'al. 11d). Les gouvernements sont tenus par la Constitution de recourir à ce processus. Les recommandations de cette commission ne lieraient pas l'exécutif ou la législature. Néanmoins, même si elles ne sont pas obligatoires, ces recommandations ne devraient pas être écar-

explain below, when governments propose to single out judges as a class for a pay reduction, the burden of justification will be heavy.

Second, under no circumstances is it permissible for the judiciary — not only collectively through representative organizations, but also as individuals — to engage in negotiations over remuneration with the executive or representatives of the legislature. Any such negotiations would be fundamentally at odds with judicial independence. As I explain below, salary negotiations are indelibly political, because remuneration from the public purse is an inherently political issue. Moreover, negotiations would undermine the appearance of judicial independence, because the Crown is almost always a party to criminal prosecutions before provincial courts, and because salary negotiations engender a set of expectations about the behaviour of parties to those negotiations which are inimical to judicial independence. When I refer to negotiations, I utilize that term as it is traditionally understood in the labour relations context. Negotiations over remuneration and benefits, in colloquial terms, are a form of “horse-trading”. The prohibition on negotiations therefore does not preclude expressions of concern or representations by chief justices and chief judges, and organizations that represent judges, to governments regarding the adequacy of judicial remuneration.

Third, and finally, any reductions to judicial remuneration, including *de facto* reductions through the erosion of judicial salaries by inflation, cannot take those salaries below a basic minimum level of remuneration which is required for the office of a judge. Public confidence in the indepen-

tées à la légère, et si l'exécutif ou la législature décident de ne pas les suivre, ils doivent justifier cette décision, au besoin devant une cour de justice. Comme je l'explique plus loin, le gouvernement qui propose d'imposer spécifiquement aux juges, en tant que catégorie particulière, une réduction de traitement aura un lourd fardeau de justification à respecter.

Deuxièmement, il n'est en aucune circonstance permis à la magistrature — non seulement collectivement par l'entremise d'organisations représentatives, mais également à titre individuel — d'entamer avec l'exécutif ou des représentants de la législature des négociations concernant sa rémunération. De telles négociations seraient fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature. Comme je l'explique plus loin, ces négociations sont immanquablement politiques, car la question des rémunérations versées sur les fonds publics est intrinsèquement politique. En outre, la tenue de telles négociations minerait la perception d'indépendance de la magistrature, étant donné que l'État est presque toujours partie aux poursuites pénales devant les cours provinciales, et que les négociations salariales font naître, relativement à l'attitude des parties à ces négociations, certaines atteintes qui ne concordent pas avec l'indépendance de la magistrature. Quand je parle de négociations, j'utilise ce mot au sens qu'on lui attribue ordinairement en matière de relations du travail. Les négociations sur les traitements et les avantages sociaux constituent, pour utiliser une expression familière, une forme de «marchandage». L'interdiction de négocier la rémunération n'empêche donc pas les juges en chef des tribunaux et les organisations représentant les juges de faire part au gouvernement concerné de leurs préoccupations relativement au caractère adéquat de la rémunération des juges, ni de présenter des observations à cet égard.

Troisièmement, toute réduction des traitements des juges, y compris toute réduction *de facto* résultant de leur érosion par l'inflation, ne doit pas avoir pour effet de les abaisser sous le minimum requis par la charge de juge. La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature

dence of the judiciary would be undermined if judges were paid at such a low rate that they could be perceived as susceptible to political pressure through economic manipulation, as is witnessed in many countries.

136 I note at the outset that these appeals raise the issue of judges' salaries. However, the same principles are equally applicable to judges' pensions and other benefits.

137 I also note that the components of the collective or institutional dimension of financial security need not be adhered to in cases of dire and exceptional financial emergency precipitated by unusual circumstances, for example, such as the outbreak of war or pending bankruptcy. In those situations, governments need not have prior recourse to a salary commission before reducing or freezing judges' salaries.

(b) *The Link Between the Components of Institutional or Collective Financial Security and the Separation of Powers*

138 These different components of the institutional financial security of the courts inhere, in my view, in a fundamental principle of the Canadian Constitution, the separation of powers. As I discussed above, the institutional independence of the courts is inextricably bound up with the separation of powers, because in order to guarantee that the courts can protect the Constitution, they must be protected by a set of objective guarantees against intrusions by the executive and legislative branches of government.

139 The separation of powers requires, at the very least, that some functions must be exclusively reserved to particular bodies: see *Cooper, supra*, at para. 13. However, there is also another aspect of the separation of powers — the notion that the principle requires that the different branches of government only interact, as much as possible, in particular ways. In other words, the relationships between the different branches of government

serait sapée si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions politiques exercées par le biais de la manipulation financière, comme cela se produit dans bon nombre de pays.

D'entrée de jeu, je souligne que les présents pourvois soulèvent la question des traitements des juges. Toutefois, les mêmes principes s'appliquent à l'égard des pensions et autres avantages accordés aux juges.

Je souligne également que les éléments de la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière n'ont pas à être suivis en cas de crise financière exceptionnellement grave provoquée par des circonstances extraordinaires, telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente. Dans de telles situations, les gouvernements n'ont pas à recourir au préalable à une commission de la rémunération avant de réduire ou de bloquer les traitements des juges.

(b) *Le lien entre la séparation des pouvoirs et les éléments de la sécurité financière institutionnelle ou collective*

Les différents éléments de la sécurité financière institutionnelle des juges sont inhérents, à mon avis, à un principe fondamental de la Constitution du Canada, la séparation des pouvoirs. Comme je l'ai expliqué plus tôt, l'indépendance institutionnelle des tribunaux est inextricablement liée à la séparation des pouvoirs, car, pour garantir la capacité des tribunaux de protéger la Constitution, il faut que ceux-ci soient protégés par un ensemble de garanties objectives contre les ingérences de l'exécutif et du législatif.

Le principe de la séparation des pouvoirs exige, à tout le moins, que certaines fonctions soient réservées exclusivement à des organismes particuliers: voir *Cooper*, précité, au par. 13. Toutefois, ce principe comporte aussi un autre aspect — savoir que les trois pouvoirs de l'État ne doivent, autant que possible, interagir que de certaines façons. Autrement dit, les rapports qu'ils entretiennent devraient revêtir un caractère particulier. Par

should have a particular character. For example, there is a hierarchical relationship between the executive and the legislature, whereby the executive must execute and implement the policies which have been enacted by the legislature in statutory form: see *Cooper, supra*, at paras. 23 and 24. In a system of responsible government, once legislatures have made political decisions and embodied those decisions in law, it is the constitutional duty of the executive to implement those choices.

What is at issue here is the character of the relationships between the legislature and the executive on the one hand, and the judiciary on the other. These relationships should be depoliticized. When I say that those relationships are depoliticized, I do not mean to deny that they are political in the sense that court decisions (both constitutional and non-constitutional) often have political implications, and that the statutes which courts adjudicate upon emerge from the political process. What I mean instead is the legislature and executive cannot, and cannot appear to, exert political pressure on the judiciary, and conversely, that members of the judiciary should exercise reserve in speaking out publicly on issues of general public policy that are or have the potential to come before the courts, that are the subject of political debate, and which do not relate to the proper administration of justice.

To be sure, the depoliticization of the relationships between the legislature and the executive on the one hand, and the judiciary on the other, is largely governed by convention. And as I said in *Cooper, supra*, at para. 22, the conventions of the British Constitution do not have the force of law in Canada: *Reference re Resolution to Amend the Constitution, supra*. However, to my mind, the depoliticization of these relationships is so fundamental to the separation of powers, and hence to the Canadian Constitution, that the provisions of the Constitution, such as s. 11(d) of the *Charter*, must be interpreted in such a manner as to protect this principle.

The depoliticized relationships I have been describing create difficult problems when it comes

exemple, il existe, entre l'exécutif et le législatif, un rapport hiérarchique suivant lequel l'exécutif doit exécuter et appliquer les politiques adoptées par le législatif sous forme de lois: voir *Cooper*, précité, aux par. 23 et 24. Dans un régime de gouvernement responsable, lorsqu'une législature a arrêté des décisions politiques et a voté des lois pour les concrétiser, l'exécutif a l'obligation constitutionnelle de mettre en œuvre ces décisions.

Ce qui est en cause en l'espèce c'est le caractère des rapports entre la législature et l'exécutif, d'un côté, et la magistrature, de l'autre. Ces rapports devraient être dépolitisés. Lorsque je dis que ces rapports sont dépolitisés, je n'entends pas nier le fait qu'ils ont un caractère politique, en ce sens que les décisions judiciaires (constitutionnelles ou autres) ont souvent des implications politiques, et que les lois sur lesquelles les tribunaux statuent émanent du processus politique. Je veux plutôt dire que la législature et l'exécutif ne peuvent pas et ne doivent pas exercer de pressions politiques sur le pouvoir judiciaire, ni être perçus comme le faisant, et que, à l'inverse, les membres de la magistrature devraient faire montre de réserve lorsqu'ils s'expriment publiquement sur des questions touchant des politiques générales d'intérêt public susceptibles d'être soumises aux tribunaux, qui font l'objet de débats politiques et qui ne concernent pas la bonne administration de la justice.

Il est évident que la dépolitisation des rapports entre le législatif et l'exécutif, d'un côté, et le judiciaire, de l'autre, est largement régie par des conventions. Comme je l'ai dit dans *Cooper*, précité, au par. 22, les conventions de la Constitution britannique n'ont pas force de loi au Canada: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, précité. À mon avis, toutefois, la dépolitisation de ces rapports est tellement fondamentale pour la séparation des pouvoirs, et partant pour la Constitution du Canada, que les dispositions de celle-ci, tel l'al. 11d) de la *Charte*, doivent être interprétées de manière à protéger ce principe.

Les rapports dépolitisés que je viens de décrire ne sont pas sans créer de difficiles problèmes en ce

140

141

142

to judicial remuneration. On the one hand, remuneration from the public purse is an inherently political concern, in the sense that it implicates general public policy. Even the most casual observer of current affairs can attest to this. For example, the salary reductions for the judges in these appeals were usually part of a general salary reduction for all persons paid from the public purse designed to implement a goal of government policy, deficit reduction. The decision to reduce a government deficit, of course, is an inherently political decision. In turn, these salary cuts were often opposed by public sector unions who questioned the underlying goal of deficit reduction itself. The political nature of the salary reductions at issue here is underlined by the fact that they were achieved through legislation, not collective bargaining and contract negotiations.

¹⁴³ On the other hand, the fact remains that judges, although they must ultimately be paid from public monies, are not civil servants. Civil servants are part of the executive; judges, by definition, are independent of the executive. The three core characteristics of judicial independence — security of tenure, financial security, and administrative independence — are a reflection of that fundamental distinction, because they provide a range of protections to members of the judiciary to which civil servants are not constitutionally entitled.

¹⁴⁴ The political nature of remuneration from the public purse has been recognized by this Court before, in the area of public sector labour relations. In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, we held that the *Charter* applied to collective agreements to which the government was a party. In arriving at this conclusion, the Court considered the argument that the *Charter* ought not to apply because public sector employment relationships were private and non-public in nature. This argument was rejected.

qui concerne la rémunération des juges. D'une part, la rémunération des personnes payées sur les fonds publics est une question intrinsèquement politique, en ce sens qu'elle met en jeu des politiques générales d'intérêt public. Même l'observateur le moins au fait de l'actualité peut l'attester. Par exemple, les réductions des traitements des juges visées dans les présents pourvois s'inscrivaient, dans la plupart des cas, dans le cadre d'une réduction générale des salaires et traitements de tous les employés rémunérés sur les fonds publics, mesure qui visait la réalisation d'un objectif politique du gouvernement, la réduction du déficit. La décision d'un gouvernement de réduire son déficit est une décision intrinsèquement politique. Et ces réductions de salaires ont souvent été combattues par les syndicats du secteur public, qui remettaient en question l'objectif même de réduction du déficit. La nature politique des réductions en litige en l'espèce ressort du fait qu'elles ont été réalisées par voie législative et non par la négociation de contrats d'emploi ou de conventions collectives.

D'autre part, il n'en demeure pas moins que, même s'ils sont en bout de ligne payés sur les fonds publics, les juges ne sont pas des fonctionnaires de l'État. Les fonctionnaires font partie du pouvoir exécutif; les juges, par définition, sont indépendants de l'exécutif. Les trois caractéristiques centrales de l'indépendance de la magistrature — inamovibilité, sécurité financière et indépendance administrative — reflètent cette distinction fondamentale, car elles accordent aux membres de la magistrature des protections auxquelles les fonctionnaires n'ont pas droit en vertu de la Constitution.

La nature politique du paiement de rémunérations sur les fonds publics a été reconnue par notre Cour auparavant, dans le domaine des relations du travail dans la fonction publique. Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, notre Cour a statué que la *Charte* s'appliquait aux conventions collectives auxquelles l'État est partie. La Cour est arrivée à cette conclusion après avoir examiné l'argument selon lequel la *Charte* ne devait pas s'appliquer parce que les relations du travail dans

La Forest J., speaking for the majority on this point, said at p. 314:

... government activities which are in form "commercial" or "private" transactions are in reality expressions of government policy. . . .

With respect to the judiciary, the determination of the level of remuneration from the public purse is political in another sense, because it raises the spectre of political interference through economic manipulation. An unscrupulous government could utilize its authority to set judges' salaries as a vehicle to influence the course and outcome of adjudication. Admittedly, this would be very different from the kind of political interference with the judiciary by the Stuart Monarchs in England which is the historical source of the constitutional concern for judicial independence in the Anglo-American tradition. However, the threat to judicial independence would be as significant. We were alive to this danger in *Beauregard*, *supra*, when we held (at p. 77) that salary changes which were enacted for an "improper or colourable purpose" were unconstitutional. Moreover, as I develop below, changes to judicial remuneration might create the reasonable perception of political interference, a danger which s. 11(d) must prevent in light of *Valente*.

The challenge which faces the Court in these appeals is to ensure that the setting of judicial remuneration remains consistent — to the extent possible given that judicial salaries must ultimately be fixed by one of the political organs of the Constitution, the executive or the legislature, and that the setting of remuneration from the public purse is, as a result, inherently political — with the depoliticized relationship between the judiciary and the other branches of government. Our task, in other words, is to ensure compliance with one of the "structural requirements of the Canadian Con-

la fonction publique étaient de nature privée et non publique. Cet argument a été rejeté. Le juge La Forest, s'exprimant pour la majorité sur ce point, a dit ce qui suit, à la p. 314:

... les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations « commerciales » ou « privées » sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale . . .

En ce qui a trait aux juges, la détermination du niveau de la rémunération payée sur les fonds publics est politique dans un autre sens, parce qu'elle évoque le spectre de l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière. Un gouvernement peu scrupuleux pourrait utiliser son pouvoir de fixer les traitements des juges comme moyen d'influencer le déroulement et l'issue des litiges. Il faut reconnaître qu'il s'agirait d'une forme d'ingérence politique dans les affaires de la magistrature très différente de celle observée sous le règne des Stuart en Angleterre, qui est la source de la préoccupation constitutionnelle pour l'indépendance de la magistrature dans la tradition anglo-américaine. Toutefois, la menace pour l'indépendance de la magistrature serait tout aussi grande. Nous étions conscients de ce danger dans *Beauregard*, précité, quand nous avons jugé (à la p. 77) que des modifications apportées aux traitements « dans un but malhonnête ou spécieux » étaient inconstitutionnelles. De plus, comme je vais l'exposer plus loin, le fait de modifier les traitements des juges pourrait faire naître une perception raisonnable d'ingérence politique, danger que l'al. 11d) doit prévenir, eu égard à l'arrêt *Valente*.

La tâche qui incombe à notre Cour dans les présents pourvois est de voir à ce que la fixation des traitements des juges reste conciliable — dans la mesure du possible, compte tenu que les traitements des juges doivent en bout de ligne être fixés par l'un des organes politiques créés par la Constitution, l'exécutif ou la législature, et que la fixation des rémunérations payées sur les fonds publics est, en conséquence, un acte intrinsèquement politique — avec la dépolitisation des rapports entre le judiciaire et les autres pouvoirs. Autrement dit, notre tâche est de veiller au respect des « exigences struc-

stitution": *Hunt, supra*, at p. 323. The three components of the institutional or collective dimension of financial security, to my mind, fulfill this goal.

(2) The Components of Institutional or Collective Financial Security

(a) *Judicial Salaries Can Be Reduced, Increased, or Frozen, but not Without Recourse to an Independent, Effective and Objective Commission*

turelles de la Constitution canadienne»: *Hunt*, précité, à la p. 323. À mon avis, les trois éléments de la dimension institutionnelle ou collective de la sécurité financière réalisent cet objectif.

(2) Les éléments de la sécurité financière institutionnelle ou collective

(a) *Les traitements des juges peuvent être réduits, haussés ou bloqués, mais non sans recours à une commission indépendante, efficace et objective*

147

As a general principle, s. 11(d) allows that the salaries of provincial court judges can be reduced, increased, or frozen, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class. However, the imperative of protecting the courts from political interference through economic manipulation requires that an independent body — a judicial compensation commission — be interposed between the judiciary and the other branches of government. The constitutional function of this body would be to depoliticize the process of determining changes to or freezes in judicial remuneration. This objective would be achieved by setting that body the specific task of issuing a report on the salaries and benefits of judges to the executive and the legislature, responding to the particular proposals made by the government. As well, in order to guard against the possibility that government inaction could be used as a means of economic manipulation by allowing judges' real salaries to fall because of inflation, and also to protect against the possibility that judges' salaries will drop below the adequate minimum required by judicial independence, the commission must convene if a fixed period of time (e.g., three to five years) has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors.

En règle générale, l'al. 11d) permet que les traitements des juges soient réduits, haussés ou bloqués, soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges des cours provinciales en tant que catégorie. Toutefois, l'obligation de protéger les tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière requiert l'interposition d'un organisme indépendant — une commission de la rémunération — entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. Cet organisme aurait pour rôle de dépolitiser le processus de détermination des mesures visant à modifier ou à bloquer la rémunération des juges. Cet objectif serait réalisé en confiant à cet organisme la tâche précise de présenter à l'exécutif et à la législature un rapport sur les traitements et autres avantages accordés aux juges, rapport répondant aux propositions faites par le gouvernement à cet égard. De même, afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse servir de moyen de manipulation financière du fait qu'on laisserait les traitements réels des juges reculer à cause de l'inflation, et aussi pour parer à la possibilité que ces traitements tombent sous le minimum requis pour assurer l'indépendance de la magistrature, la commission doit se réunir si une période déterminée (par exemple de trois à cinq années) s'est écoulée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents.

(i) Reductions and Increases to, and Freezes in the Salaries of Judges Raise Concerns Regarding Judicial Independence

I arrive at these propositions through an argument that begins with the question of whether superior court judges, whose independence is protected by s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, may be reduced at all. That question faced us in *Beauregard*. That case involved a constitutional challenge to s. 29.1 of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1, which makes it mandatory for superior court judges to contribute a percentage of their salary to a pension plan. Prior to the enactment of s. 29.1, the pension plan had been non-contributory. Justice Beauregard challenged the constitutionality of s. 29.1, alleging that it reduced judicial remuneration, and for that reason undermined the independence of the judiciary.

The Court dismissed the constitutional challenge. However, there was considerable debate among the parties to this litigation as to the basis of that decision. Some of the parties suggested that *Beauregard* stands for the view that the salaries of superior court judges may not be reduced at all. They argued that the Court upheld s. 29.1 only because, on the facts, there was no net reduction of judicial remuneration, and that the basic submission made by Justice Beauregard — that salaries may not be reduced — was not disagreed with. In support they pointed to the Court's statement that the contributory scheme "did not diminish, reduce or impair the financial position of federally-appointed judges" (p. 78), because it was implemented as part of a package of substantial salary increases.

However, this is an erroneous interpretation of *Beauregard*. In fact, that decision stands for exactly the opposite position — that Parliament can reduce the salaries of superior court judges.

(i) Les réductions, hausses et blocages des traitements des juges font naître des préoccupations relativement à l'indépendance de la magistrature

J'arrive à ces propositions par un argument dont le point de départ est la question de savoir si les traitements des juges des cours supérieures, dont l'indépendance est protégée par l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, peuvent être réduits. Voilà la question à laquelle nous devons répondre dans *Beauregard*. Cette affaire concernait une contestation constitutionnelle de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, ch. J-1, qui oblige les juges des cours supérieures à contribuer un pourcentage de leur traitement au financement de leur régime de pensions. Avant l'édiction de cet article, le régime de pensions n'exigeait pas la participation des intéressés. Le juge Beauregard a contesté la constitutionnalité de l'art. 29.1, alléguant qu'il réduisait les traitements des juges et, en conséquence, portait atteinte à l'indépendance de la magistrature.

La Cour a rejeté l'attaque constitutionnelle. Toutefois, les parties au présent litige ont débattu vigoureusement le fondement de cette décision. Certaines des parties ont prétendu que l'arrêt *Beauregard* permet d'affirmer que les traitements des juges des cours supérieures ne peuvent en aucun cas être réduits. Elles ont soutenu que la Cour a confirmé la validité de l'art. 29.1 seulement parce que, dans les faits, il n'en résultait aucune réduction nette des traitements des juges, et qu'elle n'a pas rejeté l'argument fondamental du juge Beauregard, savoir que les traitements ne peuvent pas être réduits. À l'appui de cette assertion, ces parties ont invoqué la déclaration de notre Cour que le régime avec participation des intéressés «ne diminuai[t] ni ne modifiai[t] la situation financière des juges nommés par le gouvernement fédéral» (p. 78), parce qu'il était mis en œuvre dans le cadre d'un programme de rémunération comportant une augmentation de traitement importante.

Toutefois, il s'agit d'une interprétation erronée de l'arrêt *Beauregard*. De fait, cet arrêt étaye exactement la position contraire: le Parlement peut réduire les traitements des juges des cours supérieures.

148

149

150

This conclusion is implicit in the analogy drawn and relied upon by the Court between the contributory scheme and income tax, another measure which imposed financial burdens on judges. The Court pointed out that the imposition of income tax on judges had withstood constitutional challenge (*Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209 (P.C.)), and then stated that the pension scheme was not relevantly different. Although both schemes could reduce the take-home pay of judges, neither of them impaired judicial independence. As Dickson C.J. said at p. 77:

It is very difficult for me to see any connection between . . . judicial independence and Parliament's decision to establish a pension scheme for judges and to expect judges to make contributions toward the benefits established by the scheme.

151 It is therefore clear from *Beauregard* that s. 100 permits reductions to the salaries of superior court judges. However, as I outlined in my introductory remarks, the decision raises four questions which we must answer in order to resolve these appeals. I deal with three of these questions here, and return to the fourth later on in these reasons.

152 The first question addresses the issue of what kinds of salary reductions are consistent with the principle of judicial independence, as protected by s. 100. *Beauregard* held that reductions which were enacted for an improper or colourable purpose are prohibited by s. 100. Some of the parties to this litigation pointed to passages in *Beauregard* which suggest, in addition, that s. 100 prohibits reductions in judicial remuneration except through measures which apply to the population as a whole, such as income tax or sales tax. They noted that Dickson C.J. placed a great deal of weight on the fact that contributory pension schemes for judges treated judges "in accordance with standard, widely used and generally accepted pension schemes in Canada", that there were "similar pension schemes for a substantial number of other

rieures. Cette conclusion découle implicitement de l'analogie tirée et invoquée par la Cour entre le régime avec participation des intéressés et l'impôt sur le revenu, une autre mesure qui imposait un fardeau financier aux juges. La Cour a souligné que l'assujettissement des juges à l'impôt sur le revenu avait résisté à une contestation constitutionnelle (*Judges c. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209 (C.P.)), et elle a ensuite déclaré que le régime de pensions ne laissait voir aucune différence pertinente. Bien que les deux régimes puissent réduire le traitement net des juges, ni l'un ni l'autre ne violent l'indépendance de la magistrature. Comme l'a dit le juge en chef Dickson, à la p. 77:

Il m'est très difficile de voir un lien entre [. . .] l'indépendance judiciaire et la décision du Parlement d'établir un régime de pensions pour les juges et de s'attendre à ce que les juges contribuent aux prestations établies par le régime.

Il ressort donc clairement de *Beauregard* que l'art. 100 permet de réduire les traitements des juges des cours supérieures. Toutefois, comme je l'ai souligné dans mes remarques introductives, la décision soulève quatre questions que nous devons trancher pour apporter une solution aux présents pourvois. Je vais m'attacher à trois de ces questions ci-après, et examiner la quatrième plus loin dans les présents motifs.

La première question porte sur les formes de réduction des traitements qui sont compatibles avec le principe de l'indépendance de la magistrature garantie par l'art. 100. Dans *Beauregard*, la Cour a statué que les réductions effectuées dans un but malhonnête ou spécieux sont interdites par cet article. Certaines des parties au présent litige ont signalé des passages de *Beauregard* qui semblent indiquer en outre que l'art. 100 interdit de réduire la rémunération des juges, sauf par des mesures qui s'appliquent à l'ensemble de la population telles que l'impôt sur le revenu ou les taxes de vente. Ces parties ont souligné que le juge en chef Dickson avait accordé beaucoup d'importance au fait que les régimes de pensions avec participation des juges traitaient ceux-ci «à la manière des régimes de pensions normaux qui sont générale-

Canadians” (p. 77), and that “pension schemes are now widespread in Canada” (p. 78). More importantly, they emphasized that Dickson C.J. stated that reductions in judges’ salaries would be unconstitutional if they amounted to the “discriminatory treatment of judges *vis-à-vis* other citizens” (p. 77 (emphasis added)).

However, *Beauregard* should not be read so literally. It is important to recall that the contributory pension scheme for superior court judges at issue there was not part of a scheme for the public at large, and in this sense discriminated against the judiciary *vis-à-vis* other citizens. Moreover, not only was the Court very much aware of this fact, it did not regard this fact to be constitutionally significant. This is clear from the Court’s comparison of income tax and mandatory contributions to the Canada Pension Plan, on the one hand, and the impugned pension scheme, on the other, which the Court conceded were factually different in the following terms, at p. 77:

These two liabilities [i.e., income tax and mandatory contributions to the Canada Pension Plan] are, of course, general in the sense that all citizens are subject to them whereas the contributions demanded by s. 29.1 of the *Judges Act* are directed at judges only. [Emphasis added.]

This factual difference, however, did not translate “into any legal consequence” (p. 77).

I take *Beauregard*’s reference to the principle of non-discrimination to mean that judges’ salaries may be reduced even if that reduction is part of a measure which only applies to substantially every person who is paid directly from the public purse. This interpretation is consistent with the views of numerous commentators on the constitutionality of reductions to judicial salaries under s. 100. Professor Hogg, *supra*, at p. 7-6, for example, dismisses the argument that s. 100 prohibits a reduction in

ment répandus et acceptés au Canada», qu’il existait «des régimes de pensions semblables pour de nombreux autres Canadiens» (p. 77), et que «[l]es régimes de pensions [. . .] sont maintenant très répandus au Canada» (p. 78). Fait plus important encore, elles ont précisé que le juge en chef Dickson avait dit que les réductions des traitements des juges seraient inconstitutionnelles si elles équivalaient à traiter les juges «d’une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens» (p. 77 (je souligne)).

Il ne faut toutefois pas interpréter l’arrêt *Beauregard* aussi littéralement. Il importe de rappeler que le régime de pensions avec participation des juges des cours supérieures en cause ne faisait pas partie d’un régime applicable à la population dans son ensemble et que, en ce sens, il était discriminatoire à l’endroit des juges par rapport aux autres citoyens. En outre, non seulement la Cour était bien consciente de ce fait, mais encore elle n’a pas jugé ce fait pertinent sur le plan constitutionnel. Cela ressort clairement de la comparaison que la Cour a faite entre l’impôt sur le revenu et les cotisations obligatoires au Régime de pensions du Canada, d’une part, et le régime de pensions en cause, d’autre part, lequel représentait une situation de fait différente, comme la Cour l’a reconnu dans ces termes, à la p. 77:

Évidemment, ces deux obligations [c’est-à-dire l’impôt sur le revenu et les cotisations obligatoires au Régime de pensions du Canada] sont générales en ce sens que tous les citoyens y sont assujettis, alors que les contributions imposées par l’art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne visent que les juges. [Je souligne.]

Cette différence factuelle ne s’est cependant pas traduite par des «conséquences juridiques» (p. 77).

Je considère que la référence dans *Beauregard* au principe de la non-discrimination signifie que les traitements des juges peuvent être réduits, même si la réduction s’inscrit dans le cadre d’une mesure s’appliquant uniquement aux personnes rémunérées directement sur les fonds publics. Cette interprétation est conforme aux vues exprimées par de nombreux commentateurs sur la constitutionnalité des réductions de traitements des juges fondées sur l’art. 100. Le professeur Hogg,

judicial remuneration which is non-discriminatory in the sense that it applies “to the entire federal civil service as well”. Similarly, Professor Lederman suggests (in “The Independence of the Judiciary” (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 1139, at p. 1164) that a “general income tax of ten per cent on all public salaries . . . including the judicial salaries” would be constitutionally valid.

op. cit., à la p. 7-6, par exemple, écarte l’argument que l’art. 100 interdit les réductions de la rémunération des juges qui ne sont pas discriminatoires en ce sens qu’elles s’appliquent [TRADUCTION] «également à l’ensemble de la fonction publique fédérale». De même, le professeur Lederman (dans «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 1139, à la p. 1164) est d’avis qu’un [TRADUCTION] «impôt général sur le revenu de 10 pour 100 visant tous les salaires et traitements payés sur les fonds publics [. . .] y compris ceux des juges» serait constitutionnellement valide.

155 What I have just said, however, does not mean that Parliament is constitutionally prohibited, in all circumstances, from reducing judicial remuneration in a manner which does not extend to all persons paid from the public purse. As I now discuss, although identical treatment may be preferable, it is not required in all circumstances.

Toutefois, ce que je viens tout juste de dire n’emporte pas que la Constitution interdit en toutes circonstances au Parlement de réduire la rémunération des juges par une mesure ne s’appliquant pas à toutes les personnes payées sur les fonds publics. Comme nous allons le voir maintenant, même si une mesure traitant tous les intéressés de façon identique est préférable, une telle mesure n’est pas nécessaire dans tous les cas.

156 To explain how I arrive at this conclusion, I return to one of the goals of financial security — to ensure that the courts be free and appear to be free from political interference through economic manipulation. To be sure, a salary cut for superior court judges which is part of a measure affecting the salaries of all persons paid from the public purse helps to sustain the perception of judicial independence precisely because judges are not being singled out for differential treatment. As Professor Renke has explained (in *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee* (1994), at p. 30):

Pour expliquer comment j’arrive à cette conclusion, je vais revenir à l’un des objectifs de la sécurité financière — savoir celui de faire en sorte que les tribunaux soient à l’abri de l’ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière et qu’ils soient perçus comme tel. Il va de soi qu’une réduction du traitement des juges des cours supérieures qui s’inscrit dans le cadre d’une mesure visant les salaires et traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics aide à maintenir la perception d’indépendance de la magistrature, précisément parce qu’on ne réserve pas un traitement distinct aux juges. Comme l’a expliqué le professeur Renke (dans *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee* (1994), à la p. 30):

Financial security is an essential condition of judicial independence. It must not, however, be considered abstractly. It must be considered in relation to its purpose, which is, ultimately, to protect the judiciary from economic manipulation by the legislature or executive. Where economic measures apply equally to clerks, secretaries, managers, public sector workers of all grades

[TRADUCTION] La sécurité financière est une condition essentielle de l’indépendance de la magistrature. Cependant, cet élément doit être considéré non pas dans l’absolu, mais plutôt en relation avec son objet qui est, en définitive, de protéger le judiciaire contre la manipulation financière du législatif ou de l’exécutif. Comment les juges pourraient-ils être manipulés si les mesures économiques en cause s’appliquent également aux employés du secteur public des différents ministères et

and departments, as well as judges, how could judges be manipulated?

Conversely, if superior court judges alone had their salaries reduced, one could conclude that Parliament was somehow meting out punishment against the judiciary for adjudicating cases in a particular way.

However, many parties to these appeals presented a plausible counter-argument by turning this position on its head — that far from securing a perception of independence, salary reductions which treat superior court judges in the same manner as civil servants undermine judicial independence precisely because they create the impression that judges are merely public employees and are not independent of the government. This submission has a kernel of truth to it. For example, as I have stated above, if judges' salaries were set by the same process as the salaries of public sector employees, there might well be reason to be concerned about judicial independence.

What this debate illustrates is that judicial independence can be threatened by measures which treat judges either differently from, or identically to, other persons paid from the public purse. Since s. 100 clearly permits identical treatment (*Beauregard*), I am driven to the conclusion that it is illogical for it to prohibit differential treatment as well. That is not to say, however, that the distinction between differential and identical treatment is a distinction without a difference. In my opinion, the risk of political interference through economic manipulation is clearly greater when judges are treated differently from other persons paid from the public purse. This is why we focussed on discriminatory measures in *Beauregard*. As Professor Renke, *supra*, has stated in the context of current appeals (at p. 19):

...if judges were spared compensation decreases affecting other public sector groups, a reasonable person might well conclude that the judges had engaged in

de tous niveaux, qu'ils soient commis, secrétaires ou gestionnaires?

À l'inverse, si la réduction visait seulement les traitements des juges des cours supérieures, quel qu'un pourrait alors conclure que le Parlement punit en quelque sorte les juges parce qu'ils ont tranché des litiges d'une certaine façon.

Cependant, de nombreuses parties aux présents pourvois ont avancé un argument plausible en retournant cette proposition — savoir que, loin de préserver la perception d'indépendance, les réductions de traitement appliquées de la même manière aux juges qu'aux fonctionnaires sapent l'indépendance de la magistrature précisément parce qu'elles créent l'impression que les juges sont simplement des employés de l'État et qu'ils ne sont pas indépendants du gouvernement. Cet argument a une part de vérité. Par exemple, comme je l'ai affirmé précédemment, si les traitements des juges étaient fixés par le même mécanisme que les salaires des employés du secteur public, cela pourrait bien donner raison de s'inquiéter de l'indépendance de la magistrature.

Ce qui ressort de ce débat c'est que l'indépendance de la magistrature peut être menacée par des mesures qui soit traitent les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, soit les traitent de façon identique. Comme l'art. 100 autorise clairement un traitement identique (*Beauregard*) je suis amené à conclure qu'il serait illogique qu'il interdise en même temps un traitement différent. Toutefois, cela ne revient pas à dire que la distinction entre traitement différent et traitement identique est une distinction sans importance. À mon avis, le risque d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière est nettement plus grand lorsque les juges sont traités différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics. Voilà pourquoi notre Cour s'est attachée principalement aux mesures de discrimination dans *Beauregard*. Comme l'a affirmé le professeur Renke, *op. cit.*, dans le contexte des présents pourvois (à la p. 19):

[TRADUCTION] ... si on épargnait aux juges les réductions de rémunération touchant les autres groupes du secteur public, une personne raisonnable pourrait fort

some behind-the-scenes lobbying. The judges' exemption could be thought to be the result of secret deals, or secret commitments to favour the government. An exemption of judges from across-the-board pay cuts is as likely to generate suspicions concerning judicial independence as the reduction of judicial compensation in the context of general public sector reductions.

159

The second question which emerges from *Beauregard* arises from the first — whether the danger of political interference through economic manipulation can arise not only from reductions in the salaries of superior court judges, but also from increases and freezes in judicial remuneration. To my mind, it can. Manipulation and interference most clearly arise from reductions in remuneration; those reductions provide an economic lever for governments to wield against the courts. But salary increases can be powerful economic levers as well. For this reason, salary increases also have the potential to undermine judicial independence, and engage the guarantees of s. 100. Salary freezes for superior court judges raise questions of judicial independence as well, because salary freezes, when the cost of living is rising because of inflation, amount to *de facto* reductions in judicial salaries, and can therefore be used as means of political interference through economic manipulation.

160

The third question which arises from *Beauregard* is the applicability of the jurisprudence under s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, to the interpretation of s. 11(d) of the *Charter*. Section 100, along with the rest of the judicature provisions, guarantees the independence of superior court judges. Section 11(d), by contrast, guarantees the independence of a wide range of tribunals and courts, including provincial courts, and for the reasons explained above, is the central constitutional provision in these appeals. Since *Beauregard* defines the scope of Parliament's powers with

bien conclure que les juges ont fait des pressions dans les coulisses. Le fait que les juges soient exemptés pourrait être perçu comme le résultat de pactes occultes ou d'engagements secrets à favoriser l'État. Le fait d'exempter les juges de coupures salariales généralisées risque tout autant de soulever des doutes quant à l'indépendance de la magistrature que la diminution de la rémunération des juges dans le contexte de réductions générales applicables au secteur public.

La deuxième question que fait ressortir l'arrêt *Beauregard* et qui découle de la première est celle de savoir si le risque d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière peut surgir non seulement de la réduction des traitements des juges des cours supérieures, mais également de la hausse et du blocage de leur rémunération. À mon sens, c'est possible. La manipulation et l'ingérence découlent de façon plus évidente de réductions de la rémunération; en effet, de telles réductions fournissent aux gouvernements un levier qu'ils peuvent utiliser contre les tribunaux. Cependant, des augmentations de traitement peuvent aussi constituer un levier économique puissant. Pour cette raison, des augmentations sont également susceptibles de saper l'indépendance de la magistrature et de faire entrer en jeu les garanties de l'art. 100. De même, le blocage des traitements des juges des cours supérieures fait naître des inquiétudes en ce qui concerne l'indépendance de la magistrature, car une telle mesure, si elle est imposée lorsque le coût de la vie augmente en raison de l'inflation, constitue une réduction *de facto* des traitements des juges, et peut donc être utilisée comme moyen d'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière.

La troisième question découlant de l'arrêt *Beauregard* est l'applicabilité de la jurisprudence relative à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour l'interprétation de l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 100 et les autres dispositions relatives à la magistrature garantissent l'indépendance des juges des cours supérieures. Par contraste, l'al. 11d) garantit l'indépendance d'un large éventail de cours et de tribunaux, y compris les cours provinciales, et, pour les raisons exposées précédemment, il s'agit de la disposition constitutionnelle qui est au cœur des présents pourvois. Puisque l'arrêt

respect to the remuneration of superior court judges, it was argued before this Court that it had no application to the cases at bar.

To some extent, this question was dealt with in *Valente*, where the Court held that s. 11(d) did not entitle provincial court judges to a number of protections which were constitutionally guaranteed to superior court judges. For example, while superior court judges may only be dismissed by a resolution of both Houses of Parliament, this Court expressly rejected the need for the dismissal of provincial court judges by provincial legislatures. As well, whereas the salaries of superior court judges must ultimately be fixed by Parliament, the Court held that the salaries of provincial court judges may be set either by legislation or by order in council.

However, *Valente* should not be read as having decided that the jurisprudence under s. 100 is of no assistance in shaping the contours of judicial independence as it is protected by s. 11(d). Rather, all that *Valente* held is that s. 11(d) does not, as a matter of principle, automatically provide the same level of protection to provincial courts as s. 100 and the other judicature provisions do to superior court judges. In the particular circumstances, though, s. 11(d) may in fact provide the same level of protection to provincial court judges as the judicature provisions do to superior court judges.

The relevance of the judicature provisions, and s. 100 in particular, to the interpretation of s. 11(d) emerges from their shared commitment to judicial independence. The link between these two sets of provisions can be found in *Beauregard* itself, where the Court developed the distinction between individual independence and institutional independence by reference to *Valente*. I also alluded to the link between these two sets of provisions in my separate reasons in *Cooper*. As I have suggested, this link arises in part as a function of the fact that

Beauregard définit l'étendue des pouvoirs du Parlement relativement à la rémunération des juges des cours supérieures, il a été plaidé devant notre Cour qu'il était inapplicable en l'espèce.

Dans une certaine mesure, cette question a été tranchée dans l'arrêt *Valente*, où notre Cour a statué que l'al. 11d) n'accorde pas aux juges des cours provinciales un certain nombre des protections garanties par la Constitution aux juges des cours supérieures. Par exemple, alors que ces derniers ne peuvent être révoqués que par suite d'une résolution des deux chambres du Parlement, notre Cour a expressément écarté la nécessité que les juges des cours provinciales soient révoqués par les assemblées législatives provinciales. De plus, alors que les traitements des juges des cours supérieures doivent, en dernière analyse, être fixés par le Parlement, la Cour a décidé que ceux des juges des cours provinciales peuvent l'être par voie législative ou par décret.

Toutefois, il ne faut pas considérer que l'arrêt *Valente* a établi que la jurisprudence relative à l'art. 100 n'est d'aucune utilité pour établir les contours de l'indépendance de la magistrature protégée par l'al. 11d). Au contraire, cet arrêt a tout au plus établi que, en principe, l'al. 11d) ne garantit pas automatiquement aux cours provinciales le même degré de protection que celui accordé aux juges des cours supérieures par l'art. 100 et les autres dispositions relatives à la magistrature. Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, l'al. 11d) peut en fait accorder aux juges des cours provinciales le même degré de protection que celui garanti aux juges des cours supérieures par les dispositions relatives à la magistrature.

La pertinence des dispositions relatives à la magistrature, et de l'art. 100 en particulier, pour l'interprétation de l'al. 11d) ressort de l'objectif commun à ces dispositions qui est de protéger l'indépendance de la magistrature. Le lien entre l'al. 11d) et les autres dispositions peut être dégagé de l'arrêt *Beauregard* lui-même, dans lequel la Cour a fait une distinction entre l'indépendance individuelle et l'indépendance institutionnelle en se référant à *Valente*. J'ai également fait allusion à ces deux groupes de dispositions dans mes motifs

161

162

163

both ss. 11(d) and 100 are expressions of the unwritten principle of judicial independence which is recognized and affirmed by the preamble to the *Constitution Act, 1867*.

séparés dans *Cooper*. Comme je l'ai indiqué, ce lien découle en partie du fait que tant l'al. 11d) que l'art. 100 sont des manifestations du principe non écrit de l'indépendance de la magistrature, qui est reconnu et confirmé par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

164 What the link between s. 11(d) and the judicature provisions means is that certain fundamental aspects of judicial independence are enjoyed not only by superior courts, but by provincial courts as well. In my opinion, the constitutional parameters of the power to change or freeze judges' salaries under s. 100, as defined by *Beauregard* and developed in these reasons, fall into this category.

Le lien entre l'al. 11d) et les dispositions relatives à la magistrature signifie que certains aspects fondamentaux de l'indépendance de la magistrature bénéficient non seulement aux cours supérieures, mais aussi aux cours provinciales. À mon avis, les paramètres constitutionnels du pouvoir de modifier ou de bloquer les traitements des juges en vertu de l'art. 100 — qui ont été définis dans *Beauregard* et sont explicités dans les présents motifs — appartiennent à cette catégorie.

165 In conclusion, the requirements laid down in *Beauregard* and developed in these reasons with respect to s. 100 and superior court judges, are equally applicable to the guarantee of financial security provided by s. 11(d) to provincial court judges. Just as Parliament can change or freeze the salaries of superior court judges, legislatures and executives of the provinces can do the same to the salaries of provincial court judges.

En conclusion, les exigences énoncées dans *Beauregard* et explicitées dans les présents motifs, relativement à l'art. 100 et aux juges des cours supérieures, sont également applicables à la garantie de sécurité financière prévue par l'al. 11d) en faveur des juges des cours provinciales. À l'instar du Parlement qui peut modifier ou bloquer les traitements des juges des cours supérieures, les assemblées législatives et l'exécutif des provinces peuvent en faire autant à l'égard des traitements des juges des cours provinciales.

(ii) Independent, Effective and Objective Commissions

(ii) Commissions indépendantes, efficaces et objectives

166 Although provincial executives and legislatures, as the case may be, are constitutionally permitted to change or freeze judicial remuneration, those decisions have the potential to jeopardize judicial independence. The imperative of protecting the courts from political interference through economic manipulation is served by interposing an independent body — a judicial compensation commission — between the judiciary and the other branches of government. The constitutional function of this body is to depoliticize the process of determining changes or freezes to judicial remuneration. This objective would be achieved by setting that body the specific task of issuing a report on the salaries and benefits of judges to the executive and the legislature, responding to the particu-

Même si l'exécutif ou l'assemblée législative d'une province, selon le cas, peut, en vertu de la Constitution, modifier ou bloquer la rémunération des juges, de telles décisions sont susceptibles de compromettre l'indépendance de la magistrature. Le fait d'interposer un organisme indépendant — une commission chargée d'examiner la rémunération des juges — entre le judiciaire et les autres pouvoirs contribue au respect de l'impératif de protection des tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière. Le rôle constitutionnel d'un tel organisme est de dépolitiser le processus de modification ou de blocage de la rémunération des juges. Cet objectif serait réalisé en attribuant à cet organisme la tâche précise de présenter à l'exécutif et à l'as-

lar proposals made by the government to increase, reduce, or freeze judges' salaries.

I do not wish to dictate the exact shape and powers of the independent commission here. These questions of detailed institutional design are better left to the executive and the legislature, although it would be helpful if they consulted the provincial judiciary prior to creating these bodies. Moreover, different provinces should be free to choose procedures and arrangements which are suitable to their needs and particular circumstances. Within the parameters of s. 11(d), there must be scope for local choice, because jurisdiction over provincial courts has been assigned to the provinces by the *Constitution Act, 1867*. This is one reason why we held in *Valente, supra*, at p. 694, that "[t]he standard of judicial independence for purposes of s. 11(d) cannot be a standard of uniform provisions".

Before proceeding to lay down the general guidelines for these independent commissions, I must briefly comment on *Valente*. There is language in that decision which suggests that s. 11(d) does not require the existence of independent commissions to deal with the issue of judicial remuneration. In particular, Le Dain J. stated that he did "not consider the existence of such a committee to be essential to security of salary for purposes of s. 11(d)" (p. 706). However, that question was not before the Court, since Ontario, the province where *Valente* arose, had an independent commission in operation at the time of the decision. As a result, the remarks of Le Dain J. were strictly *obiter dicta*, and do not bind the courts below and need not today be overruled by this Court.

The commissions charged with the responsibility of dealing with the issue of judicial remuneration must meet three general criteria. They must be independent, objective, and effective. I will address these criteria in turn, by reference, where

semblée législative un rapport sur les traitements et autres avantages des juges, en réponse aux propositions du gouvernement de hausser, de réduire ou de bloquer les traitements des juges.

Je ne veux pas dicter ici de façon précise la forme et les pouvoirs d'une telle commission indépendante. Il est préférable de laisser à l'exécutif et à l'assemblée législative des provinces le soin de préciser ces détails d'organisation institutionnelle, quoiqu'il serait utile qu'ils consultent la magistrature provinciale avant de créer l'organisme en question. En outre, les provinces doivent être libres de choisir les procédures et les arrangements qui répondent à leurs besoins et à leur situation particulière. Il faut que les désirs locaux puissent être respectés dans le cadre des paramètres de l'al. 11d), étant donné que la compétence sur les tribunaux provinciaux a été attribuée aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit là de l'une des raisons pour lesquelles nous avons statué, dans *Valente*, précité, à la p. 694, que «[l]a norme de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), ne peut être l'uniformité des dispositions».

Avant d'exposer les lignes directrices générales applicables à l'égard des commissions indépendantes, je dois commenter brièvement l'arrêt *Valente*. Certains passages de cet arrêt semblent indiquer que l'al. 11d) n'exige pas l'établissement de telles commissions indépendantes chargées d'examiner la question de la rémunération des juges. En particulier, le juge Le Dain a dit qu'il «n'estime pas que l'existence de ce comité soit essentielle à la sécurité de traitement pour les fins de l'al. 11d)» (p. 706). Toutefois, la Cour n'était pas saisie de cette question, puisque l'Ontario, province d'où émanait l'affaire *Valente*, possédait une telle commission indépendante au moment de la décision. En conséquence, les remarques du juge Le Dain étaient strictement une opinion incidente, qui ne lie pas les juridictions inférieures, et que notre Cour n'a pas à renverser aujourd'hui.

Les commissions chargées d'examiner la question de la rémunération des juges doivent satisfaire à trois critères généraux. Elles doivent être indépendantes, objectives et efficaces. Je vais traiter tour à tour de ces différents critères, en me référé-

167

168

169

possible, to commissions which already exist in many Canadian provinces to set or recommend the levels of judicial remuneration.

170 First and foremost, these commissions must be independent. The rationale for independence flows from the constitutional function performed by these commissions — they serve as an institutional sieve, to prevent the setting or freezing of judicial remuneration from being used as a means to exert political pressure through the economic manipulation of the judiciary. It would undermine that goal if the independent commissions were under the control of the executive or the legislature.

171 There are several different aspects to the independence required of salary commissions. First, the members of these bodies must have some kind of security of tenure. In this context, security of tenure means that the members of commissions should serve for a fixed term, which may vary in length. Thus, in Manitoba, the term of office for the Judicial Compensation Committee is two years (*Provincial Court Act*, s. 11.1(1)), whereas the term of office for British Columbia's Judicial Compensation Committee and Ontario's Provincial Judges Remuneration Commission is three years (*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 7.1(1); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, Schedule (Appendix A of Framework Agreement), para. 7), and in Newfoundland, the term of its salary tribunal is four years (*Provincial Court Act*, 1991, S.N. 1991, c. 15, s. 28(3)). In my opinion, s. 11(d) does not impose any restrictions on the membership of these commissions. Although the independence of these commissions would be better served by ensuring that their membership stood apart from the three branches of government, as is the case in Ontario (*Courts of Justice Act*, Schedule, para. 11), this is not required by the Constitution.

rant, lorsque c'est possible, aux commissions qui existent déjà dans bon nombre de provinces canadiennes et qui ont la tâche de fixer les niveaux de rémunération des juges ou de faire des recommandations à cet égard.

D'abord et avant tout, ces commissions doivent être indépendantes. La justification de cette exigence d'indépendance découle de la fonction constitutionnelle accomplie par ces commissions — elles servent de crible institutionnel, visant à empêcher que la fixation ou le blocage des traitements des juges ne serve de moyen d'exercer des pressions politiques sur la magistrature par le biais de la manipulation financière. Cet objectif serait sapé à la base si les commissions indépendantes étaient soumises à l'autorité de l'exécutif ou du législatif.

L'indépendance requise des commissions chargées d'examiner la question de la rémunération comporte plusieurs aspects. Premièrement, leurs membres doivent bénéficier d'une certaine inamovibilité. Dans ce contexte, l'inamovibilité signifie que les membres des commissions devraient occuper leurs fonctions pendant une période déterminée, dont la durée peut varier. Par exemple, au Manitoba, le mandat du Comité chargé de la rémunération des juges est d'une durée de deux ans (*Loi sur la Cour provinciale*, par. 11.1(1)), tandis que le mandat du Judicial Compensation Committee de la Colombie-Britannique et celui de la Commission de rémunération des juges provinciaux de l'Ontario sont d'une durée de trois ans (*Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, par. 7.1(1); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, Annexe (Appendice A de la convention cadre), art. 7); à Terre-Neuve, la durée du mandat du tribunal chargé de la question est de quatre ans (*Provincial Court Act*, 1991, S.N. 1991, ch. 15, par. 28(3)). À mon avis, l'al. 11d) n'impose aucune restriction quant à la composition de ces commissions. Quoique l'indépendance des commissions serait mieux garantie si leurs membres étaient indépendants des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, comme c'est le cas en Ontario (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, art. 11), la Constitution ne l'exige pas.

Under ideal circumstances, it would be desirable if appointments to the salary commission were not made by any of the three branches of government, in order to guarantee the independence of its members. However, the members of that body would then have to be appointed by a body which must in turn be independent, and so on. This is clearly not a practical solution, and thus is not required by s. 11(d). As we said in *Valente*, *supra*, at p. 692:

It would not be feasible . . . to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*. . . .

What s. 11(d) requires instead is that the appointments not be entirely controlled by any one of the branches of government. The commission should have members appointed by the judiciary, on the one hand, and the legislature and the executive, on the other. The judiciary's nominees may, for example, be chosen either by the provincial judges' association, as is the case in Ontario (*Courts of Justice Act*, Schedule, para. 6), or by the Chief Judge of the Provincial Court in consultation with the provincial judges' association, as in British Columbia (*Provincial Court Act*, s. 7.1(2)). The exact mechanism is for provincial governments to determine. Likewise, the nominees of the executive and the legislature may be chosen by the Lieutenant Governor in Council, although appointments by the Attorney General as in British Columbia (*Provincial Court Act*, s. 7.1(2)), or conceivably by the legislature itself, are entirely permissible.

In addition to being independent, the salary commissions must be objective. They must make recommendations on judges' remuneration by reference to objective criteria, not political expedients. The goal is to present "an objective and fair set of recommendations dictated by the public interest" (Canada, Department of Justice, *Report and Recommendations of the 1995 Commission on Judges' Salaries and Benefits* (1996), at p. 7). Although s. 11(d) does not require it, the commis-

Dans des circonstances idéales, il serait souhaitable, afin de garantir l'indépendance des membres de ces commissions, que la nomination de leurs membres ne relève d'aucun des trois pouvoirs. Toutefois, les membres de cet organisme devraient être nommés par un organisme lui-même indépendant, et ainsi de suite. Cette solution n'est, de toute évidence, pas pratique, et n'est donc pas requise par l'al. 11d). Comme nous l'avons dit dans *Valente*, précité, à la p. 692:

Il ne serait [. . .] pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte* . . .

Ce que commande plutôt l'al. 11d) c'est que les nominations ne relèvent pas entièrement de l'un des trois pouvoirs. Les commissions devraient être constituées de membres désignés par le pouvoir judiciaire, d'une part, et de membres désignés par les pouvoirs législatif et exécutif, d'autre part. Les représentants du pouvoir judiciaire peuvent, par exemple, être choisis soit par l'association des juges provinciaux, comme en Ontario (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, art. 6), soit par le juge en chef de la Cour provinciale, de concert avec l'association des juges provinciaux, comme en Colombie-Britannique (*Provincial Court Act*, par. 7.1(2)). Il appartient aux gouvernements provinciaux d'arrêter le détail précis de ce mécanisme de nomination. De même, les membres nommés par les pouvoirs exécutif et législatif peuvent être choisis par le lieutenant-gouverneur en conseil, bien que rien n'empêche que les nominations soient faites par le procureur général, comme en Colombie-Britannique (*Provincial Court Act*, par. 7.1(2)), ou, ce qui est concevable, par l'assemblée législative elle-même.

En plus d'être indépendantes, les commissions doivent être objectives. Elles doivent présenter des recommandations sur la rémunération des juges en s'appuyant sur des critères objectifs, et non sur des raisons d'opportunisme politique. L'objectif visé est de présenter «une série de recommandations objectives et équitables dictées par l'intérêt public» (Canada, ministère de la Justice, *Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges* (1996) à la p. 7).

sion's objectivity can be promoted by ensuring that it is fully informed before deliberating and making its recommendations. This can be best achieved by requiring that the commission receive and consider submissions from the judiciary, the executive, and the legislature. In Ontario, for example, the Provincial Judges' Remuneration Commission is bound to consider submissions from the provincial judges' association and the government (*Courts of Justice Act*, Schedule, para. 20). Moreover, I recommend (but do not require) that the objectivity of the commission be ensured by including in the enabling legislation or regulations a list of relevant factors to guide the commission's deliberations. These factors need not be exhaustive. A list of relevant factors might include, for example, increases in the cost of living, the need to ensure that judges' salaries remain adequate, as well as the need to attract excellent candidates to the judiciary.

Même si l'al. 11*d*) ne l'exige pas, l'objectivité de la commission peut être favorisée si l'on fait en sorte qu'elle soit bien informée avant de délibérer et de faire des recommandations. La meilleure façon d'y arriver est d'exiger que la commission reçoive et étudie les observations de la magistrature, de l'exécutif et de l'assemblée législative. En Ontario, par exemple, la Commission de rémunération des juges provinciaux est tenue de prendre en considération les observations de l'association des juges provinciaux et du gouvernement (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, art. 20). De plus, je recommande (sans en faire une obligation) que l'on assure l'objectivité de la commission en intégrant dans la loi ou le règlement la constituant une liste de facteurs pertinents afin de la guider dans ses délibérations. Il n'est pas nécessaire que cette liste soit exhaustive. Elle pourrait inclure, par exemple, les hausses du coût de la vie, la nécessité de veiller à ce que les traitements des juges restent adéquats et le besoin d'attirer d'excellents candidats à la magistrature.

174

Finally, and most importantly, the commission must also be effective. The effectiveness of these bodies must be guaranteed in a number of ways. First, there is a constitutional obligation for governments not to change (either by reducing or increasing) or freeze judicial remuneration until they have received the report of the salary commission. Changes or freezes of this nature secured without going through the commission process are unconstitutional. The commission must convene to consider and report on the proposed change or freeze. Second, in order to guard against the possibility that government inaction might lead to a reduction in judges' real salaries because of inflation, and that inaction could therefore be used as a means of economic manipulation, the commission must convene if a fixed period of time has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors, and issue a recommendation in its report. Although the exact length of the period is for provincial governments to

Dernier élément mais aussi le plus important, la commission doit être efficace. L'efficacité de ces organismes doit être garantie de diverses manières. Premièrement, les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle de ne pas modifier (en les réduisant ou en les augmentant) les traitements des juges avant d'avoir reçu le rapport de la commission de la rémunération. Les modifications ou blocages de cette nature, effectués sans l'apport de la commission, sont inconstitutionnels. La commission doit se réunir pour examiner les modifications ou blocages proposés et faire rapport à cet égard. Deuxièmement, afin de parer au risque que l'inaction du gouvernement entraîne une réduction du traitement réel des juges en raison de l'inflation, et que cette inaction puisse en conséquence être utilisée comme moyen de manipulation financière, la commission doit se réunir, s'il s'est écoulé une période déterminée depuis la présentation de son dernier rapport, afin d'examiner le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents, et formuler une recommandation dans son rapport. Même s'il appartient aux gouvernements provinciaux de fixer

determine, I would suggest a period of three to five years.

Third, the reports of the commission must have a meaningful effect on the determination of judicial salaries. Provinces which have created salary commissions have adopted three different ways of giving such effect to these reports. One is to make a report of the commission binding, so that the government is bound by the commission's decision. Ontario, for example, requires that a report be implemented by the Lieutenant Governor in Council within 60 days, and gives a report of the Provincial Judges' Remuneration Commission statutory force (*Courts of Justice Act*, Schedule, para. 27). Another way of dealing with a report is the negative resolution procedure, whereby the report is laid before the legislature and its recommendations are implemented unless the legislature votes to reject or amend them. This is the model which has been adopted in British Columbia (*Provincial Court Act*, s. 7.1(10)) and Newfoundland (*Provincial Court Act*, 1991, s. 28(7)). The final way of giving effect to a report is the affirmative resolution procedure, whereby a report is laid before but need not be adopted by the legislature. As I shall explain below, until the adoption of Bill 22, this was very similar to the procedure followed in Manitoba (*Provincial Court Act*, s. 11.1(6)).

The model mandated as a constitutional minimum by s. 11(d) is somewhat different from the ones I have just described. My starting point is that s. 11(d) does not require that the reports of the commission be binding, because decisions about the allocation of public resources are generally within the realm of the legislature, and through it, the executive. The expenditure of public funds, as I said above, is an inherently political matter. Of course, it is possible to exceed the constitutional minimum mandated by s. 11(d) and adopt a bind-

la durée exacte de la période en question, je suggère une période de trois à cinq ans.

Troisièmement, les rapports de la commission doivent avoir un effet concret sur la détermination des traitements des juges. Les provinces qui ont créé des commissions de la rémunération ont adopté trois moyens différents pour permettre à ces rapports d'avoir un tel effet. L'un de ces moyens est de donner force exécutoire au rapport, de sorte que le gouvernement soit lié par la décision de la commission. En Ontario, par exemple, le lieutenant-gouverneur en conseil doit mettre le rapport en œuvre dans les 60 jours, et le rapport de la Commission de rémunération des juges provinciaux a force de loi (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, art. 27). Un autre mécanisme adopté à l'égard du rapport est celui de la résolution négative, en vertu duquel le rapport est déposé devant l'assemblée législative et ses recommandations sont mises en œuvre telles quelles, sauf si l'assemblée législative décide de les rejeter ou de les modifier. C'est le mécanisme qui a été retenu en Colombie-Britannique (*Provincial Court Act*, par. 7.1(10)) et à Terre-Neuve (*Provincial Court Act*, 1991, par. 28(7)). Le dernier moyen de donner effet au rapport est la procédure de résolution affirmative, en vertu de laquelle le rapport est déposé devant l'assemblée législative, qui n'est toutefois pas tenue de l'adopter. Comme je vais l'expliquer plus loin, jusqu'à l'adoption de la loi 22, cette procédure ressemblait beaucoup à celle suivie au Manitoba (*Loi sur la Cour provinciale*, par. 11.1(6)).

La mesure minimale requise par l'al. 11d) sur le plan constitutionnel est quelque peu différente de celles que je viens de décrire. Le point de départ de mon analyse est le fait que l'al. 11d) n'exige pas que les rapports de la commission aient force exécutoire, étant donné que les décisions concernant l'affectation des ressources publiques relèvent généralement de la compétence de l'assemblée législative et, par l'entremise de celle-ci, de l'exécutif. La dépense des fonds publics, comme je l'ai dit plus tôt, est une question intrinsèquement politique. Bien entendu, il est possible d'aller au-delà du minimum requis par la Constitution à l'al. 11d)

175

176

ing procedure, as has been done in some provinces.

177 For the same reasons, s. 11(d) does not require a negative resolution procedure, although it does not preclude it. Although the negative resolution procedure still leaves the ultimate decision to set judicial salaries in the hands of the legislature, it creates the possibility that in cases of legislative inaction, the report of the commission will determine judicial salaries in a binding manner. In my opinion, s. 11(d) does not require that this possibility exist.

178 However, whereas the binding decision and negative resolution models exceed the standard set by s. 11(d), the positive resolution model on its own does not meet that standard, because it requires no response to the commission's report at all. The fact that the report need not be binding does not mean that the executive and the legislature should be free to ignore it. On the contrary, for collective or institutional financial security to have any meaning at all, and to be taken seriously, the commission process must have a meaningful impact on the decision to set judges' salaries.

179 What judicial independence requires is that the executive or the legislature, whichever is vested with the authority to set judicial remuneration under provincial legislation, must formally respond to the contents of the commission's report within a specified amount of time. Before it can set judges' salaries, the executive must issue a report in which it outlines its response to the commission's recommendations. If the legislature is involved in the process, the report of the commission must be laid before the legislature, when it is in session, with due diligence. If the legislature is not in session, the government may wait until a new sitting commences. The legislature should deal with the report directly, with due diligence and reasonable dispatch.

et d'adopter une procédure produisant des décisions ayant force exécutoire, comme ont fait certaines provinces.

Pour les mêmes motifs, l'al. 11d) n'exige pas le recours à la procédure de résolution négative, quoiqu'il ne l'interdise pas. Bien que la procédure de résolution négative laisse à l'assemblée législative la décision définitive en ce qui a trait aux traitements des juges, elle crée la possibilité que, en cas d'inaction de l'assemblée législative, le rapport de la commission fixe les traitements des juges et que des recommandations aient force exécutoire. À mon avis, l'al. 11d) n'exige pas qu'une telle possibilité existe.

Toutefois, tandis que la procédure de la décision obligatoire et celle de la résolution négative excèdent la norme fixée par l'al. 11d), la procédure de la résolution affirmative à elle seule ne satisfait pas à cette norme, parce qu'elle n'exige pas qu'on réagisse au rapport de la commission. Le fait qu'il n'est pas nécessaire que le rapport ait force exécutoire ne signifie pas que l'exécutif et le législatif devraient être libres de ne pas en tenir compte. Au contraire, pour que la sécurité financière collective ou institutionnelle ait un sens et soit prise au sérieux, les travaux de la commission doivent avoir un effet concret sur la décision fixant les traitements des juges.

Ce que commande l'indépendance de la magistrature c'est que l'exécutif ou le législatif, selon que c'est l'un ou l'autre qui est investi du pouvoir de fixer les traitements des juges, soit formellement tenu de répondre au contenu du rapport de la commission dans un délai spécifié. Avant de pouvoir fixer les traitements des juges, l'exécutif doit présenter un rapport expliquant sa réponse aux recommandations de la commission. Si l'assemblée législative participe au processus, le rapport de la commission doit être déposé dans les meilleurs délais devant celle-ci si elle siège. Dans le cas contraire, le gouvernement peut attendre le début de la session suivante. L'assemblée législative devrait examiner le rapport directement et avec un empressement et une diligence raisonnables.

Furthermore, if after turning its mind to the report of the commission, the executive or the legislature, as applicable, chooses not to accept one or more of the recommendations in that report, it must be prepared to justify this decision, if necessary in a court of law. The reasons for this decision would be found either in the report of the executive responding to the contents of the commission's report, or in the recitals to the resolution of the legislature on the matter. An unjustified decision could potentially lead to a finding of unconstitutionality. The need for public justification, to my mind, emerges from one of the purposes of s. 11(d)'s guarantee of judicial independence — to ensure public confidence in the justice system. A decision by the executive or the legislature, to change or freeze judges' salaries, and then to disagree with a recommendation not to act on that decision made by a constitutionally mandated body whose existence is premised on the need to preserve the independence of the judiciary, will only be legitimate and not be viewed as being indifferent or hostile to judicial independence, if it is supported by reasons.

The importance of reasons as the basis for the legitimate exercise of public power has been recognized by a number of commentators. For example, in "Developments in Administrative Law: The 1992-93 Term" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 189, at p. 243, David Dyzenhaus has written that

what justifies all public power is the ability of its incumbents to offer adequate reasons for their decisions which affect those subject to them. The difference between mere legal subjects and citizens is the democratic right of the latter to require an accounting for acts of public power.

Frederick Schauer has made a similar point ("Giving Reasons" (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 633, at p. 658):

... when decisionmakers ... expect respect for decisions because the decisions are right rather than because they emanate from an authoritative source, then giving

De plus, si après avoir étudié le rapport de la commission, l'exécutif ou le législatif, selon le cas, décide de rejeter une ou plusieurs des recommandations, il doit être prêt à justifier sa décision, au besoin devant une cour de justice. Les motifs de cette décision seraient exposés soit dans le rapport de l'exécutif répondant au contenu du rapport de la commission, soit dans le préambule de la résolution de l'assemblée législative sur la question. Toute décision non justifiée pourrait entraîner une déclaration d'inconstitutionnalité. À mon sens, la nécessité de la justification publique découle de l'un des objectifs de la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) — savoir celui d'assurer la confiance du public dans le système judiciaire. Ce n'est que si elle est motivée que la décision du pouvoir exécutif ou législatif de modifier ou de bloquer les traitements des juges et de rejeter la recommandation que lui a fait un organisme mandaté par la Constitution — dont l'existence repose justement sur le besoin de préserver l'indépendance de la magistrature — de ne pas donner suite à cette décision sera jugée légitime et ne sera pas considérée comme indifférente ou hostile au principe de l'indépendance de la magistrature.

Un certain nombre de commentateurs ont reconnu l'importance de motiver l'exercice d'un pouvoir public pour justifier la légitimité d'une telle décision. Par exemple, David Dyzenhaus a écrit dans «Developments in Administrative Law: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 189, à la p. 243 que

[TRADUCTION] ce qui justifie l'exercice de tout pouvoir public c'est la capacité de ses titulaires de donner des motifs suffisants pour justifier leurs décisions touchant les personnes visées. La différence entre un simple sujet de droit et un citoyen réside dans le droit démocratique de ce dernier d'exiger des pouvoirs publics qu'ils rendent compte de leurs actes.

Frederick Schauer a fait une observation analogue («Giving Reasons» (1995), 47 *Stan. L. Rev.* 633, à la p. 658):

[TRADUCTION] ... quand les décideurs [...] s'attendent à ce que leurs décisions soient respectées parce qu'elles sont fondées plutôt que parce qu'elles émanent d'une

reasons . . . is still a way of showing respect for the subject. . . .

autorité, alors le fait de les motiver [...] demeure un moyen de démontrer leur respect pour l'administré . . .

182

I hasten to add that these comments should not be construed as endorsing or establishing a general duty to give reasons, either in the constitutional or in the administrative law context. Moreover, I wish to clarify that the standard of justification required under s. 11(d) is not the same as that required under s. 1 of the *Charter*. Section 1 imposes a very rigorous standard of justification. Not only does it require an important government objective, but it requires a proportionality between this objective and the means employed to pursue it. The party seeking to uphold the impugned state action must demonstrate a rational connection between the objective and the means chosen, that the means chosen are the least restrictive means or violate the right as little as reasonably possible, and that there is a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgment of the right.

Je m'empresse d'ajouter que ces observations ne doivent pas être interprétées comme ayant pour effet d'approuver ou d'établir une obligation générale de justification, soit en droit constitutionnel soit en droit administratif. En outre, je tiens à préciser que la norme de justification requise par l'al. 11d) n'est pas la même que celle exigée par l'article premier de la *Charte*. L'article premier impose une norme de justification très rigoureuse. Non seulement exige-t-il l'existence d'un objectif gouvernemental important, mais il exige également qu'il y ait proportionnalité entre cet objectif et les moyens utilisés pour le réaliser. La partie qui cherche à faire confirmer la validité de la mesure gouvernementale attaquée doit démontrer qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi et les moyens choisis pour le réaliser, que ces moyens constituent la mesure la moins restrictive possible ou portant aussi peu atteinte qu'il est raisonnablement possible de le faire au droit en cause, et qu'il y a proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif, de sorte que la violation du droit ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

183

The standard of justification here, by contrast, is one of simple rationality. It requires that the government articulate a legitimate reason for why it has chosen to depart from the recommendation of the commission, and if applicable, why it has chosen to treat judges differently from other persons paid from the public purse. A reviewing court does not engage in a searching analysis of the relationship between ends and means, which is the hallmark of a s. 1 analysis. However, the absence of this analysis does not mean that the standard of justification is ineffectual. On the contrary, it has two aspects. First, it screens out decisions with respect to judicial remuneration which are based on purely political considerations, or which are enacted for discriminatory reasons. Changes to or freezes in remuneration can only be justified for reasons which relate to the public interest, broadly understood. Second, if judicial review is sought, a

En l'espèce, par contraste, la norme de justification est celle de la simple rationalité. Elle commande que le gouvernement justifie par un motif légitime sa décision d'écarter la recommandation de la commission et, le cas échéant, d'avoir traité les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics. Le tribunal chargé de contrôler cette décision ne procède pas à l'examen minutieux du lien entre les fins recherchées et les moyens utilisés qui caractérise l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, l'absence de cette analyse ne signifie pas que la norme de justification soit inefficace. Au contraire, cette norme comporte deux aspects. Premièrement, elle permet de déceler les décisions concernant la rémunération des juges qui reposent sur des considérations purement politiques, ou les mesures qui ont été édictées pour des motifs discriminatoires. Seules peuvent être justifiées les modifications ou blocages des traitements

reviewing court must inquire into the reasonableness of the factual foundation of the claim made by the government, similar to the way that we have evaluated whether there was an economic emergency in Canada in our jurisprudence under the division of powers (*Referencé re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373).

Although the test of justification — one of simple rationality — must be met by all measures which affect judicial remuneration and which depart from the recommendation of the salary commission, some will satisfy that test more easily than others, because they pose less of a danger of being used as a means of economic manipulation, and hence of political interference. Across-the-board measures which affect substantially every person who is paid from the public purse, in my opinion, are *prima facie* rational. For example, an across-the-board reduction in salaries that includes judges will typically be designed to effectuate the government's overall fiscal priorities, and hence will usually be aimed at furthering some sort of larger public interest. By contrast, a measure directed at judges alone may require a somewhat fuller explanation, precisely because it is directed at judges alone.

By laying down a set of guidelines to assist provincial legislatures in designing judicial compensation commissions, I do not intend to lay down a particular institutional framework in constitutional stone. What s. 11(d) requires is an institutional sieve between the judiciary and the other branches of government. Commissions are merely a means to that end. In the future, governments may create new institutional arrangements which can serve the same end, but in a different way. As long as those institutions meet the three cardinal requirements of independence, effectiveness, and objectivity, s. 11(d) will be complied with.

qui reposent sur des objectifs d'intérêt public, au sens large de cette expression. Deuxièmement, en cas de demande de contrôle judiciaire d'une telle mesure, la cour saisie de la question doit se pencher sur le caractère raisonnable du fondement factuel de la thèse du gouvernement, de la même manière que notre Cour s'est demandé s'il y avait crise financière au Canada dans sa jurisprudence relative au partage des compétences (*Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373).

Même si toutes les mesures touchant la rémunération des juges et qui dérogent à la recommandation d'une commission de la rémunération doivent satisfaire à la norme de justification — celle de la simple rationalité —, certaines vont y satisfaire plus facilement que d'autres, parce qu'elles risquent moins de servir d'instrument de manipulation financière et, partant, d'ingérence politique. À mon avis, les mesures générales touchant la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics sont, à première vue, rationnelles. Par exemple, une réduction générale des salaires et traitements applicable entre autres aux juges vise normalement à mettre en œuvre les priorités budgétaires globales du gouvernement et, par conséquent, vise généralement à réaliser un objectif plus vaste d'intérêt général. Par contraste, une mesure visant uniquement les juges peut exiger une justification un peu plus détaillée, précisément parce qu'elle ne s'applique qu'aux juges.

En donnant des lignes directrices visant à aider les assemblées législatives provinciales à établir leur commission de la rémunération des juges, je n'entends pas fixer, dans la pierre constitutionnelle, un cadre institutionnel particulier. Ce qu'exige l'al. 11d) c'est un crible institutionnel entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. Les commissions ne sont qu'un moyen de réaliser cette fin. Dans le futur, les gouvernements pourraient établir d'autres arrangements institutionnels, qui serviraient la même fin mais d'une autre façon. Tant que ces institutions respecteront les trois exigences essentielles, savoir l'indépendance, l'efficacité et l'objectivité, l'al. 11d) sera respecté.

(b) *No Negotiations on Judicial Remuneration Between the Judiciary and the Executive and Legislature*

(b) *Négociations sur les traitements des juges interdites entre le judiciaire, d'une part, et l'exécutif et le législatif, d'autre part*

186

Negotiations over remuneration are a central feature of the landscape of public sector labour relations. The evidence before this Court (anecdotal and otherwise) suggests that salary negotiations have been occurring between provincial court judges and provincial governments in a number of provinces. However, from a constitutional standpoint, this is inappropriate, for two related reasons. First, as I have argued above, negotiations for remuneration from the public purse are indelibly political. For the judiciary to engage in salary negotiations would undermine public confidence in the impartiality and independence of the judiciary, and thereby frustrate a major purpose of s. 11(d). As the Manitoba Law Reform Commission has noted (in the *Report on the Independence of Provincial Judges* (1989), at p. 41):

... it forces them [i.e. judges] into the political arena and tarnishes the public perception that the courts can be relied upon to interpret and apply our laws without concern for the effect of their decisions on their personal careers or well-being (in this case, earnings).

187

Second, negotiations are deeply problematic because the Crown is almost always a party to criminal prosecutions in provincial courts. Negotiations by the judges who try those cases put them in a conflict of interest, because they would be negotiating with a litigant. The appearance of independence would be lost, because salary negotiations bring with them a whole set of expectations about the behaviour of the parties to those negotiations which are inimical to judicial independence. The major expectation is of give and take between the parties. By analogy with *Généreux*, the reasonable person might conclude that judges would alter the manner in which they adjudicate cases in order to curry favour with the executive. As Professor Friedland has written in *A Place Apart: Judicial*

Les négociations sur la rémunération sont une caractéristique centrale du paysage des relations du travail dans le secteur public. La preuve présentée à notre Cour (anecdote et autre) semble indiquer que, dans un certain nombre de provinces, des négociations sur les traitements ont eu lieu entre les juges des cours provinciales et le gouvernement visé. Or, du point de vue constitutionnel, de telles négociations sont inopportunes, et ce pour deux motifs connexes. Premièrement, comme je l'ai exposé précédemment, la négociation des rémunérations payées sur les fonds publics a inmanquablement un caractère politique. Le fait pour la magistrature de participer à de telles négociations saperait la confiance du public dans l'impartialité et l'indépendance de la magistrature, et contrecarierait par conséquent un objectif fondamental de l'al. 11d). Comme l'a souligné la Commission de réforme du droit du Manitoba (dans le *Report on the Independence of Provincial Judges* (1989), à la p. 41):

[TRADUCTION] ... cela les entraîne [les juges] sur la scène politique et ternit la perception qu'a le public qu'il peut compter sur eux pour interpréter et appliquer nos lois sans se soucier des effets de leurs décisions sur leur carrière ou leur bien-être (en l'occurrence leur rémunération).

Deuxièmement, de telles négociations sont hautement problématiques étant donné que l'État est pratiquement toujours partie aux poursuites pénales devant les cours provinciales. Le fait pour les juges qui entendent ces affaires de participer à des négociations les placerait en conflit d'intérêts, car ils se trouveraient à négocier avec l'une des parties aux poursuites. La perception d'indépendance serait anéantie, car les négociations sur les traitements font naître, relativement à l'attitude des parties à ces négociations, certaines attentes qui sont incompatibles avec l'indépendance de la magistrature. La principale attente est celle des concessions mutuelles par les parties. Si l'on fait une analogie avec l'arrêt *Généreux*, la personne raisonnable pourrait conclure que les juges modi-

Independence and Accountability in Canada (1995), at p. 57, “head-to-head bargaining between the government and the judiciary [creates] . . . the danger of subtle accommodations being made”. This perception would be heightened if the salary negotiations, as is usually the case, were conducted behind closed doors, beyond the gaze of public scrutiny, and through it, public accountability. Conversely, there is the expectation that parties to a salary negotiation often engage in pressure tactics. As such, the reasonable person might expect that judges would adjudicate in such a manner so as to exert pressure on the Crown.

When I refer to negotiations, I use that term as it is understood in the labour relations context. Negotiation over remuneration and benefits involves a certain degree of “horse-trading” between the parties. Indeed, to negotiate is “to bargain with another respecting a transaction” (*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1036). That kind of activity, however, must be contrasted with expressions of concern and representations by chief justices and chief judges of courts, or by representative organizations such as the Canadian Judicial Council, the Canadian Judges Conference, and the Canadian Association of Provincial Court Judges, on the adequacy of current levels of remuneration. Those representations merely provide information and cannot, as a result, be said to pose a danger to judicial independence.

I recognize that the constitutional prohibition against salary negotiations places the judiciary at an inherent disadvantage compared to other persons paid from the public purse, because they cannot lobby the executive and the legislature with respect to their level of remuneration. The point is put very well by Douglas A. Schmeiser and W. Howard McConnell in *The Independence of Pro-*

fieront la façon dont ils tranchent les litiges afin de chercher à gagner la faveur de l’exécutif. Comme l’a écrit le professeur Friedland dans *Une place à part: l’indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada* (1995), à la p. 65, «une négociation directe entre l’exécutif et le judiciaire [. . .] [crée] le risque de compromissions subtiles». Cette perception serait renforcée si les négociations sur les traitements se déroulaient à huis clos, comme c’est généralement le cas, loin du regard du public et, de ce fait, sans que les participants aient à en rendre compte à ce dernier. À l’inverse, on s’attend à ce que les parties à des négociations sur les traitements exercent des moyens de pression. Par conséquent, la personne raisonnable pourrait s’attendre à ce que les juges statuent sur les affaires dont ils sont saisis de manière à exercer des pressions sur l’État.

Lorsque je parle de négociations, j’utilise ce mot dans le sens qu’il a dans le contexte des relations du travail. La négociation de la rémunération et des avantages implique une certaine mesure de «marchandage» entre les parties. De fait, négocier c’est [TRADUCTION] «marchander avec autrui à l’égard d’une opération» (*Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), à la p. 1036). Toutefois, il faut distinguer ce type d’activité du fait pour les juges en chef des tribunaux ou pour des organisations représentatives telles que le Conseil canadien de la magistrature, la Conférence canadienne des juges et l’Association canadienne des juges de cours provinciales de faire part de leurs préoccupations sur le caractère adéquat des rémunérations versées ou de présenter des observations à cet égard. Comme de telles observations ne servent qu’à fournir de l’information, il n’est donc pas possible d’affirmer qu’elles créent un danger pour l’indépendance de la magistrature.

Je reconnais que l’interdiction que fait la Constitution aux juges de négocier leurs traitements place ces derniers dans une situation intrinsèquement désavantageuse comparativement aux autres personnes rémunérées sur les fonds publics, du fait qu’ils ne peuvent pas faire pression sur l’exécutif et le législatif relativement au niveau de leur rémunération. Douglas A. Schmeiser et W. Howard

vincial Court Judges: A Public Trust (1996), at p. 13:

Because of the constitutional convention that judges should not speak out on political matters, judges are at a disadvantage vis-à-vis other groups when making a case to governments for increments in salaries.

I have no doubt that this is the case, although to some extent, the inability of judges to engage in negotiations is offset by the guarantees provided by s. 11(d). In particular, the mandatory involvement of an independent commission serves as a substitute for negotiations, because it provides a forum in which members of the judiciary can raise concerns about the level of their remuneration that might have otherwise been advanced at the bargaining table. Moreover, a commission serves as an institutional sieve which protects the courts from political interference through economic manipulation, a danger which inheres in salary negotiations.

190 At the end of the day, however, any disadvantage which may flow from the prohibition of negotiations is a concern which the Constitution cannot accommodate. The purpose of the collective or institutional dimension of financial security is not to guarantee a mechanism for the setting of judicial salaries which is fair to the economic interests of judges. Its purpose is to protect an organ of the Constitution which in turn is charged with the responsibility of protecting that document and the fundamental values contained therein. If judges do not receive the level of remuneration that they would otherwise receive under a regime of salary negotiations, then this is a price that must be paid.

191 Finally, it should be noted that since these cases are only concerned with remuneration, the above prohibition addresses only negotiations which directly concern that issue. I leave to another day the question of other types of negotiations. For

McConnell ont très bien exprimé cette idée dans *L'indépendance des juges des cours provinciales: un gage commun* (1996), à la p. 15:

En raison de la convention constitutionnelle selon laquelle les juges ne doivent pas se prononcer sur des questions d'ordre politique, ces derniers sont désavantagés par rapport à d'autres groupes lorsque vient le moment de convaincre les gouvernements de leur accorder des augmentations de traitement.

Je ne doute pas que ce soit le cas, quoique, dans une certaine mesure, le fait que les juges ne peuvent pas participer à de telles négociations est contrebalancé par les garanties prévues par l'al. 11d). De façon plus particulière, la participation obligatoire d'une commission indépendante supplée à la tenue de négociations, car elle permet aux membres de la magistrature de faire part de leurs préoccupations concernant le niveau de leur rémunération, préoccupations qui autrement seraient formulées à la table des négociations. Qui plus est, ces commissions servent de crible institutionnel protégeant les tribunaux contre l'ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière, danger intrinsèque aux négociations sur les salaires et les traitements.

En définitive, toutefois, tout désavantage qui pourrait découler de l'interdiction de négocier la rémunération est une préoccupation à laquelle la Constitution ne peut apporter de solution. L'objet de la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière n'est pas de garantir un mécanisme de fixation des traitements des juges qui soit équitable eu égard aux intérêts économiques des juges. Son objet est plutôt de protéger un organe de la Constitution qui a, à son tour, la responsabilité de protéger ce document et les valeurs fondamentales qui y sont exprimées. Si les juges ne reçoivent pas le niveau de rémunération qu'ils recevraient autrement en vertu d'un régime de négociation des traitements, et bien soit, c'est le prix qui doit être payé.

Enfin, il convient de souligner que, comme les cas qui nous occupent ne portent que sur la rémunération, l'interdiction formulée précédemment ne vise que les négociations portant directement sur cette question. La question des autres types de

example, the judiciary and government can negotiate the form that the commission is to take, as was done in Ontario, where the *Courts of Justice Act*, Schedule, embodies an agreement between the government and the provincial court judges designed “to establish a framework for the regulation of certain aspects of the relationship between the executive branch of the government and the Judges, including a binding process for the determination of Judges’ compensation” (para. 2). Agreements of this sort promote, rather than diminish, judicial independence.

(c) *Judicial Salaries May Not Fall Below a Minimum Level*

Finally, I turn to the question of whether the Constitution — through the vehicle of either s. 100 or s. 11(d) — imposes some substantive limits on the extent of salary reductions for the judiciary. This point was left unanswered by *Beauregard*. I note at the outset that neither the parties nor the interveners submitted that judicial salaries were close to those minimum limits here. However, since I have decided to lay down the parameters of the guarantee of collective or institutional financial security in these reasons, I will address this issue briefly.

I have no doubt that the Constitution protects judicial salaries from falling below an acceptable minimum level. The reason it does is for financial security to protect the judiciary from political interference through economic manipulation, and to thereby ensure public confidence in the administration of justice. If salaries are too low, there is always the danger, however speculative, that members of the judiciary could be tempted to adjudicate cases in a particular way in order to secure a higher salary from the executive or the legislature or to receive benefits from one of the litigants. Perhaps more importantly, in the context of s. 11(d),

négociations sera examinée à une autre occasion. Par exemple, la magistrature et le gouvernement peuvent négocier la forme que doit prendre la commission, comme cela s’est fait en Ontario, où la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, Annexe, incorpore une convention intervenue entre le gouvernement et les juges de la cour provinciale et qui a pour objet «d’établir un cadre pour la réglementation de certains aspects des rapports entre le pouvoir exécutif et les juges, notamment une procédure exécutoire pour déterminer la rémunération des juges» (art. 2). Les accords de cette nature ont pour effet, non pas de diminuer l’indépendance de la magistrature, mais plutôt de la favoriser.

(c) *Les traitements des juges ne peuvent baisser sous un niveau minimal*

192
Finalement, j’aborde la question de savoir si la Constitution — que ce soit en vertu de l’art. 100 ou de l’al. 11(d) — impose des limites concrètes en ce qui concerne l’ampleur des réductions des traitements des juges. Aucune réponse n’a été donnée à cette question dans *Beauregard*. Je tiens tout d’abord à souligner que ni les parties ni les intervenants n’ont prétendu que les traitements des juges se rapprochaient des limites minimales en l’espèce. Toutefois, comme j’ai décidé d’énoncer, dans les présents motifs, les paramètres de la garantie de sécurité financière collective ou institutionnelle, je vais étudier brièvement cette question.

193
Je n’ai aucun doute que la Constitution protège les traitements des juges afin qu’ils ne tombent pas sous un niveau minimal acceptable. Cette protection a pour but d’assurer la sécurité financière des juges afin de les prémunir contre l’ingérence politique exercée par le biais de la manipulation financière, et d’assurer par le fait même la confiance du public dans l’administration de la justice. Si les traitements sont trop bas, il y a toujours un risque, aussi théorique soit-il, que les juges puissent être tentés de trancher un litige d’une certaine façon, en vue d’obtenir un traitement supérieur de l’exécutif ou l’assemblée législative ou certains avantages d’une des parties à ce litige. Facteur peut-être plus important encore, dans le contexte de l’al. 11(d), il y a la perception que cela pourrait se produire.

there is the perception that this could happen. As Professor Friedland has written, *supra*, at p. 53:

We do not want judges put in a position of temptation, hoping to get some possible financial advantage if they favour one side or the other. Nor do we want the public to contemplate this as a possibility.

I want to make it very clear that the guarantee of a minimum salary is not meant for the benefit of the judiciary. Rather, financial security is a means to the end of judicial independence, and is therefore for the benefit of the public. As Professor Friedland has put it, speaking as a concerned citizen, it is "for our sake, not for theirs" (p. 56).

194 The idea of a minimum salary has been recognized in a number of international instruments. Article 11 of the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*, which was adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, states that:

11. The term of office of judges, their independence, security, adequate remuneration, conditions of service, pensions and the age of retirement shall be adequately secured by law. [Emphasis added.]

The U.N. Basic Principles were endorsed by the United Nations General Assembly on November 29, 1985 (A/RES/40/32), which later invited governments "to respect them and to take them into account within the framework of their national legislation and practice" (A/RES/40/146) on December 13, 1985. A more recent document is the *Draft Universal Declaration on the Independence of Justice*, which the United Nations Commission on Human Rights invited governments to take into account when implementing the U.N. Basic Principles (resolution 1989/32). Article 18(b) provides that:

The salaries and pensions of judges shall be adequate, commensurate with the status, dignity and responsibility of their office, and shall be periodically reviewed to overcome or minimize the effect of inflation.

Comme l'a écrit le professeur Friedland, *op. cit.*, aux pp. 61 et 62:

Nous ne voulons pas que nos juges soient tentés d'espérer un avantage financier s'ils favorisent l'une ou l'autre partie. Et nous ne voulons pas que le public puisse concevoir pareille possibilité.

Je veux qu'il soit bien clair que le fait de garantir un traitement minimal ne vise pas à avantager les juges. La sécurité financière est plutôt un moyen d'assurer l'indépendance de la magistrature et, de ce fait, elle est à l'avantage du public. Comme l'a dit le professeur Friedland, en tant que citoyen concerné, une telle mesure est «dans notre propre intérêt» (p. 64).

L'idée d'accorder un traitement minimal est reconnue dans bon nombre d'instruments internationaux. L'article 11 des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, qui a été adopté par le septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, est ainsi rédigé:

11. La durée du mandat des juges, leur indépendance, leur sécurité, leur rémunération appropriée, leurs conditions de service, leurs pensions et l'âge de leur retraite sont garantis par la loi. [Je souligne.]

Ces principes ont été approuvés par l'Assemblée générale des Nations Unies le 29 novembre 1985 (A/RES/40/32), qui a ensuite invité les gouvernements à «les respecter et à en tenir compte dans le cadre de leurs législations et pratiques nationales» (A/RES/40/146) le 13 décembre 1985. Dans un document plus récent, *Projet de déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, que les gouvernements ont été invités à prendre en compte par la Commission des droits de l'homme des Nations Unies dans l'application des Principes fondamentaux (résolution 1989/32), l'al. 18b) est ainsi libellé:

Les traitements et pensions des juges sont adéquats, correspondent au statut, à la dignité et aux responsabilités propres à leurs fonctions et sont périodiquement revus en vue de contrecarrer ou de minimaliser les effets de l'inflation;

I offer three final observations. First, I do not address the question of what the minimum acceptable level of judicial remuneration is. We shall answer that question if and when the need arises. However, I note that this Court has in the past accepted its expertise to adjudicate upon rights with a financial component, such as s. 23 of the *Charter* (see *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342). Second, although the basic minimum salary provides financial security against reductions in remuneration by the executive or the legislature, it is also a protection against the erosion of judicial salaries by inflation.

Finally, I want to emphasize that the guarantee of a minimum acceptable level of judicial remuneration is not a device to shield the courts from the effects of deficit reduction. Nothing would be more damaging to the reputation of the judiciary and the administration of justice than a perception that judges were not shouldering their share of the burden in difficult economic times. Rather, as I said above, financial security is one of the means whereby the independence of an organ of the Constitution is ensured. Judges are officers of the Constitution, and hence their remuneration must have some constitutional status.

E. Application of Legal Principles

I shall now measure the salary reductions in P.E.I., Alberta, and Manitoba according to the procedural and substantive aspects of the collective or institutional financial security of the judiciary. As we shall see shortly, the reductions in each of these provinces fall short of the standard set down by s. 11(d). What remedial consequences follow from these findings of unconstitutionality, however, are another matter entirely, to which I shall turn at the conclusion of this judgment.

Je vais faire trois dernières observations. Premièrement, je n'examine pas la question de savoir quel est le niveau minimal acceptable de rémunération des juges. Nous répondrons à cette question lorsque cela sera nécessaire. Toutefois, je souligne que notre Cour a, dans le passé, reconnu qu'elle avait l'expertise voulue pour statuer sur des droits comportant un aspect financier, tel celui garanti par l'art. 23 de la *Charte* (voir *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342). Deuxièmement, même si le traitement de base minimal assure la sécurité financière des juges, et les protège ainsi contre les réductions de rémunération imposées par l'exécutif ou le législatif, il constitue aussi une mesure de protection de leurs traitements contre l'érosion des traitements des juges par l'inflation.

Finalement, je tiens à souligner que le fait de garantir aux juges une rémunération minimale acceptable n'est pas un moyen de les protéger contre les effets de la réduction des déficits. Rien ne serait plus dommageable pour la réputation de la magistrature et l'administration de la justice que la perception que les juges ne supportent pas leur part du fardeau en période de difficultés économiques. Au contraire, comme je l'ai dit précédemment, la sécurité financière est un des moyens qui permet d'assurer l'indépendance d'un des trois pouvoirs de l'ordre constitutionnel. Les juges sont des officiers de la Constitution et, par conséquent, leur rémunération doit avoir un certain statut constitutionnel.

E. L'application des principes juridiques

Je vais maintenant apprécier les réductions de traitement imposées à l'Île-du-Prince-Édouard, en Alberta et au Manitoba, en fonction des aspects substantiels et procéduraux de la sécurité financière collective ou institutionnelle de la magistrature. Comme nous le verrons bientôt, les réductions imposées dans chacune de ces provinces ne respectent pas la norme prévue par l'al. 11d). Cependant, du point de vue des réparations, les conséquences de ces conclusions d'inconstitutionnalité sont une tout autre question, que je vais examiner à la fin du présent jugement.

195

196

197

(1) Prince Edward Island(a) *Salary Reduction*

198

The salaries of Provincial Court judges in P.E.I. were and continue to be set by s. 3(3) of the *Provincial Court Act*. Until May 1994, s. 3(3) of the *Provincial Court Act* provided that:

3. . . .

(3) The remuneration of judges for any year shall be determined by calculating the average of the remuneration of provincial court judges in the other provinces of Canada as of April 1 in that year.

What this provision did was to fix the salaries of judges of the P.E.I. Provincial Court judges at a level equal to the average of the salaries of provincial court judges across the country.

199

However, s. 3(3) was amended in two ways on May 19, 1994. First, for judges appointed on or after April 1, 1994, the formula for calculating salaries was changed from the national average to the average of the three other Atlantic provinces in the preceding year, by s. 1 of *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1994, c. 49. Second, and more importantly, s. 3(3) was amended by the addition of the words "less 7.5%" at the end of the salary formula, by s. 10 of the *Public Sector Pay Reduction Act*. As amended, s. 3(3) now reads in full:

3. . . .

(3) The remuneration of judges for any year shall be determined

(a) in respect of judges appointed before April 1, 1994, by calculating the average of the remuneration of provincial court judges in the other provinces of Canada as of April 1 in that year, less 7.5%;

(b) in respect of judges appointed on or after April 1, 1994, by calculating the average of the remuneration

(1) Île-du-Prince-Édouard(a) *La réduction des traitements*

Les traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard étaient fixés par le par. 3(3) de la *Provincial Court Act* et continuent de l'être. Jusqu'en mai 1994, cette disposition était ainsi rédigée:

[TRADUCTION]

3. . . .

(3) La rémunération annuelle des juges est établie en faisant la moyenne de la rémunération versée aux juges des cours provinciales des autres provinces du Canada au 1^{er} avril de l'année visée.

Cette disposition avait pour effet de fixer les traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard à un niveau égal à celui de la moyenne des traitements des juges des cours provinciales dans l'ensemble du pays.

Toutefois, deux modifications ont été apportées au par. 3(3) le 19 mai 1994. Premièrement, pour ce qui concerne les juges nommés à compter du 1^{er} avril 1994, la formule de calcul du traitement a été modifiée ainsi: la moyenne nationale a été remplacée par la moyenne des traitements dans les trois autres provinces Atlantiques au cours de l'année précédente, *An Act to Amend the Provincial Court Act*, S.P.E.I. 1994, ch. 49, art. 1. Deuxièmement, fait plus important encore, le par. 3(3) a été modifié, par l'ajout des mots [TRADUCTION] «moins 7,5 %» à la fin de la formule de fixation des traitements, *Public Sector Pay Reduction Act*, art. 10. Voici le texte modifié complet du par. 3(3):

[TRADUCTION]

3. . . .

(3) La rémunération annuelle des juges est établie:

a) dans le cas des juges nommés avant le 1^{er} avril 1994, en faisant la moyenne de la rémunération versée aux juges des cours provinciales des autres provinces du Canada au 1^{er} avril de l'année visée, moins 7,5 %;

b) dans le cas des juges nommés à compter du 1^{er} avril 1994, en faisant la moyenne de la rémunération

ation of provincial court judges in the provinces of Nova Scotia, New Brunswick and Newfoundland on April 1 of the immediately preceding year, less 7.5%.

The evidence we have before us demonstrates that the net effect of these changes was to reduce judges' salaries by approximately 7.5 percent from \$106,123.14 in 1993, to \$98,243 as of May 17, 1994.

These changes were made by the legislature without recourse having first been made to an independent, objective, and effective process for determining judicial remuneration. In fact, no such body exists in P.E.I. Salaries cannot be reduced without first considering the report of a salary commission; if they are, then the reduction is unconstitutional. It is evident that the 7.5 percent reduction was therefore unconstitutional.

However, if in the future, after P.E.I. establishes a salary commission, that commission were to issue a report with recommendations which the provincial legislature declined to follow, a salary reduction such as the impugned one would probably be *prima facie* rational, and hence justified, because it would be part of an overall economic measure which reduces the salaries of all persons who are remunerated by public funds. I arrive at this view on the basis of an analysis of the *Public Sector Pay Reduction Act*. As the statement of facts which is appended to the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* indicates, the Act was an overall measure which was directed at everyone who is paid from the public purse. The Act draws a distinction between "Public Sector Employees" and "Persons Paid From Public Funds"; Provincial Court judges fall into the latter group. Public sector employees are governed by Part II of the Act. The definition of public sector employees is very inclusive, and can be gleaned from s. 1(d), which defines the public sector employers who are covered by the Act. Included in this list are the provincial government, school boards, Crown agencies and corporations, health

tion versée aux juges des cours provinciales des provinces de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve au 1^{er} avril de l'année précédente, moins 7,5 %.

La preuve dont nous disposons démontre que l'effet net de ces modifications a été de réduire les traitements des juges d'environ 7,5 pour 100, les faisant passer de 106 123,14 \$ en 1993 à 98 243 \$ le 17 mai 1994.

L'assemblée législative a apporté ces modifications sans recourir d'abord à un mécanisme indépendant, objectif et efficace de détermination de la rémunération des juges. En fait, il n'existe pas d'organisme de la sorte à l'Île-du-Prince-Édouard. Les traitements ne peuvent être réduits sans examen préalable du rapport d'une commission de la rémunération; toute réduction effectuée sans cet examen est inconstitutionnelle. En conséquence, il est manifeste que la réduction de 7,5 pour 100 était inconstitutionnelle.

Si, toutefois, dans l'avenir, après que l'Île-du-Prince-Édouard aura établi une commission de la rémunération, cet organisme présentait un rapport accompagné de recommandations que l'assemblée législative provinciale refusait de suivre, une réduction des traitements comme celle attaquée en l'espèce serait probablement rationnelle à première vue, et donc justifiée, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure économique générale réduisant les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. Je fonde cette opinion sur mon analyse de la *Public Sector Pay Reduction Act*. Comme l'indique l'exposé des faits annexé au *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, cette loi était une mesure générale visant toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. Elle fait une distinction entre les [TRADUCTION] «employés du secteur public» et les «personnes rémunérées sur les fonds publics»; les juges de la Cour provinciale appartiennent à la seconde catégorie. Les employés du secteur public sont régis par la partie II de la Loi. La définition de l'expression «employés du secteur public» est très large et peut être dégagée de l'al. 1d, qui énumère les employeurs du secteur public visés par la Loi.

200

201

and community services councils and regional authorities, universities, and colleges. Section 6(1) provides that public sector employees who are paid more than \$28,000 per year had their salaries reduced by 7.5 percent (to a minimum of \$26,950 — see s. 6(2)); and the salaries of those who made less than \$28,000 annually were reduced by 3.75 percent. I do not consider the smaller salary reduction of those paid considerably less than Provincial Court judges to be of any significance for the disposition of these appeals.

Figurent dans cette énumération le gouvernement provincial, les commissions scolaires, les organismes et sociétés d'État, les conseils et les autorités régionales des services de santé et des services communautaires, les universités et les collèges. Le paragraphe 6(1) prévoit une réduction de traitement de 7,5 pour 100 pour les employés du secteur public qui sont payés plus de 28 000 \$ (les traitements ne pouvant toutefois être réduits sous un minimum de 26 950 \$ — voir le par. 6(2)); et une réduction de 3,75 pour 100 pour ceux dont le traitement annuel est inférieur à 28 000 \$. Je n'estime pas que la réduction moindre imposée à ceux qui touchent une rémunération bien inférieure à celle des juges de la Cour provinciale a quelque importance pour trancher les présents pourvois.

202 There is no comparable definition of persons paid from public funds, who are governed by Part III of the Act, to the definition of those persons governed by Part II. The approach of Part III is to deal with different categories of persons separately, partly because these persons are paid in different ways. However, notwithstanding these differences, a 7.5 percent reduction is applied in one way or another to all of these persons. For example, the annual, daily, or periodical allowances of members of provincial tribunals, commissions, and agencies are reduced by 7.5 percent (s. 9). Salary reductions for physicians are achieved by a 7.5 percent reduction of the envelope of funding set aside for the P.E.I. Medical Society (s. 11). Finally, a 7.5 percent reduction is achieved for judges of the P.E.I. Provincial Court by s. 10, which I have described above.

Il n'y a pas, pour les personnes rémunérées sur les fonds publics — qui sont régies par la partie III de la Loi — de définition comparable à celle dégagée à l'égard des personnes régies par la partie II. La partie III traite séparément les diverses catégories de personnes visées, en partie parce qu'elles sont rémunérées de différentes façons. Toutefois, malgré ces différences, une réduction de 7,5 pour 100 est appliquée d'une façon ou d'une autre à toutes ces personnes. Par exemple, les indemnités périodiques, annuelles ou quotidiennes versées aux membres des tribunaux, commissions et organismes provinciaux sont réduites de 7,5 pour 100 (art. 9). Les réductions des traitements des médecins sont effectuées au moyen d'une diminution de 7,5 pour 100 de l'enveloppe budgétaire de la Medical Society de l'Île-du-Prince-Édouard (art. 11). Enfin, les juges de la Cour provinciale ont subi, une réduction de 7,5 pour 100 en vertu de l'art. 10, que j'ai décrit précédemment.

203 In sum, the *Public Sector Pay Reduction Act* imposed an across-the-board cut which reduced the salaries of substantially every person remunerated from public funds, including members of the P.E.I. Provincial Court. On its face, it is therefore *prima facie* rational. The facts surrounding the enactment of the Act support this initial conclusion. The Act was enacted as part of a government policy to reduce the provincial deficit, and was therefore designed to further the public interest. Although it

En résumé, la *Public Sector Pay Reduction Act* a imposé une réduction générale des salaires et traitements de la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics, y compris les membres de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Elle est donc à première vue rationnelle. Les circonstances de l'édiction de la Loi étayent cette conclusion initiale. En effet, celle-ci a été édictée dans le cadre de la politique gouvernementale de réduction de son déficit, et elle visait donc à favo-

is hard to assess the reasonableness of the factual foundation for this claim in the absence of a trial record, the statement of facts appended to the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* suffices for the purposes of this illustrative discussion.

(b) *Other Issues Regarding Financial Security*

The appellants raised a number of objections to the treatment of Provincial Court judges by the *Public Sector Pay Reduction Act* and the *Provincial Court Act*. I have dealt with most of them in the course of my general analysis on collective or institutional financial security. Moreover, a number of the reference questions address specific aspects of financial security which I have also dealt with in my general analysis. However, there are two that I would like to address here, if only briefly.

(i) Negotiations

First, the appellants object that the *Public Sector Pay Reduction Act* is unconstitutional because it provides for the possibility of salary negotiations between judges of the P.E.I. Provincial Court and the executive. The appellants centre their submissions on s. 12(1), which is found in Part IV, entitled "Saving for Future Negotiations". According to the appellants, s. 12(1) permits negotiations between any persons whose salaries are reduced by the Act and the government to find alternatives to pay reductions. If s. 12(1) had this effect, I would agree with the appellants that it contravened the principle of judicial independence. I note that this view of the Act has been taken by MacDonald C.J. of the P.E.I. Supreme Court, Trial Division in *Lowther v. Prince Edward Island* (1994), 118 D.L.R. (4th) 665. Moreover, as the court below pointed out in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, the Lieutenant Governor in Council of P.E.I. enacted a regulation subsequent to the decision in *Lowther* to clarify that the negotiation pro-

riser l'intérêt public. Bien qu'il soit difficile d'apprécier le caractère raisonnable du fondement factuel de cet argument, vu l'absence de dossier de première instance, l'exposé des faits joint au *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* suffit pour les besoins de notre analyse.

(b) *Les autres points concernant la sécurité financière*

Les appelants ont soulevé un certain nombre d'objections relativement à la façon dont les juges de la Cour provinciale sont traités par la *Public Sector Pay Reduction Act* et la *Provincial Court Act*. J'ai examiné la plupart d'entre elles dans mon analyse générale de la sécurité financière collective ou institutionnelle. En outre, plusieurs questions du renvoi portent sur des aspects précis de la sécurité financière, que j'ai également abordés dans le cadre de cette analyse générale. Toutefois, il y en a deux que j'aimerais examiner ici, ne serait-ce que brièvement.

(i) Négociations

Premièrement, les appelants soutiennent que la *Public Sector Pay Reduction Act* est inconstitutionnelle parce qu'elle prévoit la possibilité de négociations sur les traitements entre les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et l'exécutif. Les arguments des appelants portent principalement sur le par. 12(1), qui figure dans la partie IV de la Loi et est intitulé [TRADUCTION] «Négociations futures». D'après les appelants, le par. 12(1) permet au gouvernement de négocier avec toutes les personnes dont la rémunération a été réduite par la Loi en vue de trouver des solutions de rechange à la réduction des salaires et traitements. Si le par. 12(1) avait cet effet, je serais d'accord avec eux pour dire qu'il contrevient au principe de l'indépendance de la magistrature. Je souligne que le juge MacDonald de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section de première instance, a retenu cette interprétation de la loi dans *Lowther c. Prince Edward Island* (1994), 118 D.L.R. (4th) 665. En outre, comme la cour d'instance inférieure l'a souligné dans le *Ren-*

204

205

visions did not cover Provincial Court judges (Regulation EC631/94).

206

However, I doubt whether the enactment of that regulation was necessary. I arrive at this conclusion on the basis of both the plain wording of s. 12(1) and the structure of the Act. Section 12(1) is limited to negotiations “between a public sector employer and employees”. The plain meaning of a public sector employee does not include members of the judiciary. This interpretation of s. 12(1) is reinforced by the organization of the Act. Public sector employees are governed by Part II of the Act; by contrast, judges of the P.E.I. Provincial Court are governed by Part III, which is entitled “Persons Paid from Public Funds”. Given the attempt of the Act to draw a distinction between persons like judges on the one hand, and public sector employees on the other, I have little doubt that the negotiation provisions, which expressly refer to public sector employees, do not apply to judges.

(ii) Miscellaneous Provisions

207

The appellants also object to ss. 12(2) and 13 of the *Provincial Court Act*, which confer a discretion on the Lieutenant Governor in Council to grant leaves of absence due to illness and sabbatical leaves, respectively. It is unclear what the precise objection is to s. 13, other than making sabbatical leaves a matter for executive discretion. The objection to s. 12(2) is directed at the ability of the Lieutenant Governor in Council to grant leave “on such terms as he [*sic*] may consider appropriate”. Both the objections to ss. 12(2) and 13 implicate individual financial security. However, they are without merit. To understand why, I return to *Valente*, where the question of discretionary benefits for judges was considered. A number of discretionary

vo relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard, le lieutenant-gouverneur en conseil de l’Île-du-Prince-Édouard a pris, après la décision *Lowther*, un règlement précisant que les dispositions concernant la tenue de négociations ne visaient pas les juges de la Cour provinciale (règlement EC631/94).

Toutefois, je doute que la prise du règlement ait été nécessaire. Ma conclusion s’appuie à la fois sur le langage clair du par. 12(1) et sur la structure de la Loi. Le paragraphe 12(1) ne vise que les négociations [TRADUCTION] «entre un employeur du secteur public et ses employés». Suivant son sens ordinaire, l’expression employés du secteur public n’inclut pas les juges. Cette interprétation du par. 12(1) est renforcée par l’organisation de la Loi. En effet, les employés du secteur public sont régis par la partie II de la Loi; par contraste, les juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard sont régis par la partie III, intitulée [TRADUCTION] «Personnes rémunérées sur les fonds publics». Étant donné que la Loi fait une distinction entre les personnes comme les juges, d’une part, et les employés du secteur public, d’autre part, il fait peu de doute à mon avis que les dispositions relatives à la tenue de négociations, dans lesquelles il est fait état expressément des employés du secteur public, ne s’appliquent pas aux juges.

(ii) Dispositions diverses

Les appelants contestent également le par. 12(2) et l’art. 13 de la *Provincial Court Act*, qui, respectivement, confèrent au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d’accorder des congés de maladie et des congés sabbatiques. La nature précise de leur objection à l’égard de l’art. 13 n’est pas claire, si ce n’est le fait que cette disposition confère à l’exécutif le pouvoir discrétionnaire d’accorder des congés sabbatiques. Quant au par. 12(2), l’objection vise le pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil d’accorder des congés [TRADUCTION] «aux conditions qu’il estime convenables». Tant l’objection faite à l’égard du par. 12(2) que celle visant l’art. 13 mettent en cause la sécurité financière individuelle. Toutefois,

benefits were at issue: unpaid leave, permission to take on extra-judicial employment, special leave, and paid leave. The Court dismissed the concern that discretionary benefits undermined judicial independence, at p. 714:

While it may well be desirable that such discretionary benefits or advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive . . . I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*. . . [I]t would not be reasonable to apprehend that a provincial court judge would be influenced by possible desire for one of these benefits or advantages to be less than independent in his or her adjudication.

To my mind, the same reasoning applies here.

(2) Alberta

(a) *Jurisdiction of the Alberta Court of Appeal*

Next, I turn to the salary reduction in Alberta. As a preliminary point, I will consider whether the Alberta Court of Appeal was correct in declaring that it was without jurisdiction to hear the Crown's appeals under s. 784(1) of the *Criminal Code*. I conclude that s. 784(1) was applicable in this instance, and that the court below should have considered the merits of these appeals. Notwithstanding this error, we can assume the jurisdiction that the Court of Appeal had, and pronounce upon the merits ourselves, rather than send the matter back to be dealt with by the Alberta Court of Appeal. This Court would only be without jurisdiction to do so if the parties had appealed directly from the decision of the Alberta Court of Queen's Bench, which, through the operation of s. 784(1), was not the court of final resort in Alberta: *Dagenais v.*

elles sont sans fondement. Pour expliquer cette conclusion, je retourne à *Valente*, où la question des avantages accordés de façon discrétionnaire aux juges a été étudiée. Nombre d'avantages de cette nature étaient en cause: congés sans solde, permission de remplir des fonctions non judiciaires, congés particuliers et congés payés. La Cour a rejeté l'argument que ces avantages discrétionnaires portaient atteinte à l'indépendance de la magistrature, à la p. 714:

S'il peut être souhaitable que ces bénéfices ou avantages discrétionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, [. . .] je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*. [. . .] [J]e conviens [. . .] qu'il ne serait pas raisonnable de craindre qu'un juge de cour provinciale, influencé par l'éventuelle volonté d'obtenir l'un de ces bénéfices ou avantages, soit loin d'être indépendant au moment de rendre jugement.

À mon sens, le même raisonnement s'applique en l'espèce.

(2) Alberta

(a) *La compétence de la Cour d'appel de l'Alberta*

Je vais maintenant aborder la réduction des traitements en Alberta. Au préalable, je vais examiner la question de savoir si la Cour d'appel de l'Alberta a eu raison de déclarer qu'elle n'était pas compétente pour entendre les appels formés par le ministère public en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. Je conclus que cette disposition était applicable en l'espèce et que la juridiction inférieure aurait dû statuer sur le fond des présents pourvois. Malgré cette erreur, nous pouvons exercer la compétence qu'avait la Cour d'appel et statuer nous-mêmes sur le fond des présents pourvois, plutôt que les renvoyer à cette cour. Notre Cour ne serait incompétente pour agir ainsi que si les parties avaient appelé directement de la décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, qui, pour l'application du par. 784(1), n'était pas la cour de

Canadian Broadcasting Corp., [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965.

209 In order to understand why s. 784(1) is at issue, I must recapitulate some aspects of the proceedings below. The three respondents had been charged with offences under the *Criminal Code*, and all pled not guilty. The Crown elected to proceed summarily in all three cases. The three accused appeared, in separate proceedings, before the Alberta Provincial Court. They then sought recourse to the Alberta Court of Queen's Bench to advance their constitutional arguments, but at different stages in the proceedings before them.

210 Ekmeic and Campbell challenged the constitutionality of their trials in the Alberta Provincial Court before those trials had started. In their notices of motion, filed in the Alberta Court of Queen's Bench on May 5, 1994, the respondents Campbell and Ekmeic requested stays pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, on the basis of an alleged violation of s. 11(d). These notices of motion were subsequently amended on May 11, 1994, during the proceedings before the Alberta Court of Queen's Bench, to include a request for an order in the nature of a prohibition as an alternative to the stay. The prohibition was sought to prevent Ekmeic and Campbell from being tried before the Alberta Provincial Court.

211 By contrast, Wickman brought his motion before the superior court after the Crown had completed its case and six witnesses had testified for the defence, including Wickman. On May 8, 1994, Wickman filed a notice of motion in the Alberta Court of Queen's Bench for an order in the nature of certiorari quashing the information and proceedings at trial, an order in the nature of a prohibition to prevent the Alberta Provincial Court from proceeding further with his trial, and a series of declarations for alleged violations of s. 11(d). On May 9, 1994, he filed an amended notice of

dernier ressort en Alberta: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965.

Pour bien comprendre pourquoi le par. 784(1) est en cause, il me faut rappeler certains aspects des procédures devant les instances inférieures. Les trois intimés, qui avaient été inculpés d'infractions prévues par le *Code criminel*, ont tous plaidé non coupables. Le ministère public a opté pour la procédure sommaire dans les trois cas. Les trois accusés ont comparu dans des instances distinctes devant la Cour provinciale de l'Alberta. Puis, ils se sont adressés à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour faire valoir leurs arguments constitutionnels, mais à des étapes différentes des procédures dont ils faisaient l'objet.

Ekmeic et Campbell ont attaqué la constitutionnalité de leur procès respectif devant la Cour provinciale de l'Alberta avant que cette procédure ait commencé. Dans leurs avis de requête, déposés à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta le 5 mai 1994, les intimés Campbell et Ekmeic ont demandé, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, l'arrêt des procédures engagées contre eux alléguant la violation de l'al. 11(d). Ces avis de requête ont ensuite été modifiés le 11 mai 1994, au cours des procédures devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, afin de demander, à titre de réparation subsidiaire, une ordonnance de la nature d'une prohibition. Cette ordonnance de prohibition visait à empêcher que Ekmeic et Campbell ne soient jugés par la Cour provinciale de l'Alberta.

Par contraste, Wickman a présenté sa requête devant la cour supérieure après que le ministère public a eu clos sa preuve et que six témoins, dont Wickman, eurent déposé pour la défense. Le 8 mai 1994, ce dernier a déposé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta un avis de requête sollicitant une ordonnance de la nature d'un certiorari tendant à l'annulation de la dénonciation et des procédures au procès, ainsi qu'une ordonnance de la nature d'une prohibition visant à empêcher la Cour provinciale de l'Alberta de poursuivre le procès et une série de jugements déclaratoires relativement à certaines allégations de violation de l'al. 11(d). Le 9 mai 1994, il a déposé un avis de requête modifié

motion, asking for such further and other relief that the court deemed fit.

The difficulty which we now face arises from the mixed results of the trial judgment of the Alberta Court of Queen's Bench. On the one hand, the Crown lost, and the respondents won, because McDonald J. found that the Alberta Provincial Court was not an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d), and made a series of declarations of invalidity against the provincial legislation and regulations which were the source of the alleged violation of s. 11(d). But on the other hand, the Crown won, and the respondents lost, because McDonald J. held that the declarations had the effect of removing the source of the s. 11(d) violations, and therefore rendered the Alberta Provincial Court independent. There was no need to prevent the trials against Campbell and Ekmecic from commencing, or to prevent the trial of Wickman from continuing.

The Crown appealed the trial judgment on the basis of s. 784(1) of the *Criminal Code*, which provides that:

784. (1) An appeal lies to the court of appeal from a decision granting or refusing the relief sought in proceedings by way of *mandamus*, *certiorari* or prohibition.

A majority of the Alberta Court of Appeal held that it did not have jurisdiction to hear the appeals because the Crown was "successful" at trial and therefore could not rely on s. 784(1) (*per* Harradence and O'Leary J.A.) and because declaratory relief is non-prohibitory, and is therefore beyond the ambit of s. 784(1) (*per* Harradence J.A.). Conrad J.A., dissenting, disagreed on both points, and held that s. 784(1) could be relied on by successful parties, and that the declaratory relief granted by McDonald J. was prohibitory in nature.

I find the arguments advanced in support of the view that s. 784(1) was unavailable to the Crown

dans lequel il demandait toute autre réparation que la cour estimera à propos.

La difficulté que nous devons affronter découle des décisions mixtes que renferme le jugement rendu au procès par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. D'une part, le ministère public a perdu et les intimés ont eu gain de cause, étant donné que le juge McDonald a conclu que la Cour provinciale de l'Alberta n'était pas un tribunal indépendant et impartial pour l'application de l'al. 11d), en plus de prononcer une série de déclarations invalidant les textes législatifs et réglementaires provinciaux qui étaient à l'origine des violations de l'al. 11d) alléguées par les intimés. D'autre part, le ministère public a eu gain de cause et les intimés ont perdu, parce que le juge a conclu que les déclarations avaient eu pour effet d'éliminer la source des violations de l'al. 11d) et, par conséquent, de rendre la Cour provinciale de l'Alberta indépendante. Il n'était donc plus nécessaire d'empêcher le début des procès de Campbell et d'Ekmecic ni la poursuite de celui de Wickman.

Le ministère public a porté ce jugement en appel, en invoquant le par. 784(1) du *Code criminel*, qui est ainsi rédigé:

784. (1) Appel peut être interjeté à la cour d'appel contre une décision qui accorde ou refuse le secours demandé dans des procédures par voie de *mandamus*, de *certiorari* ou de prohibition.

La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité a conclu qu'elle n'était pas compétente pour entendre les appels, étant donné que le ministère public avait [TRADUCTION] «eu gain de cause» au procès et ne pouvait donc pas invoquer le par. 784(1) (les juges Harradence et O'Leary), et qu'un jugement déclaratoire ne participait pas d'une prohibition et n'était donc pas visé au par. 784(1) (le juge Harradence). Le juge Conrad, dissidente, a exprimé son désaccord sur ces deux points, statuant que le par. 784(1) pouvait être invoqué par une partie ayant eu gain de cause, et que la réparation accordée par le juge McDonald, savoir les jugements déclaratoires, était de la nature d'une prohibition.

J'estime que les arguments avancés à l'appui de l'opinion que le ministère public ne pouvait pas

212

213

214

to be unconvincing. First, it is not clear to me that only unsuccessful parties can avail themselves of s. 784(1). But even if this limitation applies, the Court of Appeal had jurisdiction. Although the Crown may have been successful in its efforts to commence and continue the trials against the respondents, it lost on the underlying finding of unconstitutionality. A series of declarations was made which had the effect of striking down numerous provisions found in legislation and regulations. It was, at most, a Pyrrhic victory for the Crown.

215 Second, I agree with Conrad J.A. that this is a case where the declaratory relief was essentially prohibitory in nature, and so came within the scope of s. 784(1), because the trial judgment granted relief sought in proceedings by way of prohibition. As the Crown stated in its factum, the declaratory judgments “did, in substance, prohibit the commencement or continuation of the trials before a court subject to the impugned legislation”. The prohibitory nature of declaratory relief has been recognized before: e.g., *R. v. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 333 (Alta. C.A.); *R. v. Yes Holdings Ltd.* (1987), 40 C.C.C. (3d) 30 (Alta. C.A.). Indeed, *Paquette* is analogous to these appeals, because the accused sought a prohibition and declaration at trial, but was only granted a declaration. The Crown appealed. The Court of Appeal held that it had jurisdiction under s. 719(1) (now s. 784(1)) of the *Criminal Code*, because the declaration was “in effect and intent prohibitory” (pp. 337-38).

216 I therefore conclude that the Court of Appeal had jurisdiction to hear the appeals under s. 784(1). This Court can exercise the jurisdiction that the Court of Appeal had, and consider these appeals.

faire valoir le par. 784(1) ne sont pas convaincants. Premièrement, il ne m'apparaît pas évident que seules les parties n'ayant pas eu gain de cause peuvent se prévaloir de cette disposition. Cependant, même si cette limitation s'applique, la Cour d'appel avait compétence. Quoique Sa Majesté ait pu avoir gain de cause pour ce qui est d'engager et de poursuivre des procès contre les intimés, elle a perdu sur la question sous-jacente de l'inconstitutionnalité. Une série de jugements déclaratoires ont été prononcés, dont l'effet a été d'annuler bon nombre de dispositions législatives et réglementaires. Il s'est agi, tout au plus, d'une victoire à la Pyrrhus pour le ministère public.

Deuxièmement, je suis d'accord avec le juge Conrad que les jugements déclaratoires prononcés en l'espèce étaient essentiellement de la nature d'une prohibition, et qu'ils étaient donc visés par le par. 784(1), étant donné que le jugement rendu au procès avait accordé la réparation sollicitée dans les procédures sous forme de prohibition. Comme le ministère public l'a affirmé dans son mémoire, les jugements déclaratoires [TRADUCTION] «ont, pour l'essentiel, interdit l'engagement ou la poursuite des procès devant une cour assujettie aux dispositions attaquées». La nature prohibitive d'un jugement déclaratoire a été reconnue dans le passé: par exemple *R. c. Paquette* (1987), 38 C.C.C. (3d) 333 (C.A. Alb.); *R. c. Yes Holdings Ltd.* (1987), 40 C.C.C. (3d) 30 (C.A. Alb.). De fait, l'arrêt *Paquette* est analogue aux présents pourvois, car l'accusé avait demandé au procès une ordonnance de prohibition et un jugement déclaratoire, mais n'avait obtenu que cette dernière réparation. Le ministère public avait interjeté appel. La Cour d'appel a statué qu'elle était compétente en vertu du par. 719(1) (maintenant le par. 784(1)) du *Code criminel*, étant donné que le jugement déclaratoire était [TRADUCTION] «de nature prohibitive tant par ses effets que par son objet» (pp. 337 et 338).

Je conclus donc que la Cour d'appel avait compétence pour entendre les présents pourvois en vertu du par. 784(1). Notre Cour peut exercer la compétence dont était investie la Cour d'appel et examiner les présents pourvois.

(b) *The Salary Reduction*

The salary reduction for judges of the Alberta Provincial Court is unconstitutional for the same reason as the impugned reduction in P.E.I. That is because there is no independent, effective, and objective commission in Alberta which recommends changes to judges' salaries.

The salaries and pensions of Provincial Court judges in Alberta are set down by regulations made by the Lieutenant Governor in Council. The source of this regulation-making power is s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, which provides in part:

17(1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations

(a) fixing the salaries to be paid to judges;

. . . .

(d) providing for the benefits to which judges are entitled, including, . . .

(v) pension benefits for judges and their spouses or survivors;

According to the evidence before us, judges' remuneration was reduced by 5 percent from \$113,964 in 1993 to \$108,266 in 1994. This reduction was achieved through two different means. First, judges' salaries were directly reduced by 3.1 percent, by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94. This regulation set the salary of the Chief Judge at \$124,245, the Assistant Chief Judge at \$117,338, and other members of the Provincial Court at \$110,431. These salaries had previously been set at \$128,220, \$121,092, and \$113,964 by *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91. Second, an additional 1.9 percent reduction was achieved through five unpaid days of leave (two unpaid statutory holidays and three unpaid work days). Unfortunately, we have not been pointed to the legal instrument through which those days of leave were imposed on members of the Provincial Court. I can only assume that these days of leave were achieved pursuant to

(b) *La réduction des traitements*

La réduction des traitements des juges de la Cour provinciale de l'Alberta est inconstitutionnelle, et ce pour le même motif que la réduction contestée à l'Île-du-Prince-Édouard, c'est-à-dire l'absence, dans la province, d'une commission indépendante, efficace et objective chargée de recommander des modifications aux traitements des juges.

Les traitements et les pensions des juges de la Cour provinciale en Alberta sont fixés par règlement pris par le lieutenant-gouverneur en conseil. La source de ce pouvoir de réglementation est le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, qui est rédigé en partie ainsi:

[TRADUCTION] 17(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement:

a) fixer les traitements des juges;

. . . .

d) pourvoir aux avantages auxquels les juges ont droit, notamment . . .

(v) les prestations de retraite pour les juges et leurs conjoints ou survivants;

D'après la preuve dont nous disposons, la rémunération des juges a été réduite de 5 pour 100, passant de 113 964 \$ en 1993 à 108 266 \$ en 1994. Cette réduction a été effectuée par deux moyens différents. Premièrement, par une diminution directe de 3,1 pour 100 prévue par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94. Ce règlement a fixé le traitement du juge en chef à 124 245 \$, celui du juge en chef adjoint à 117 338 \$ et celui des autres juges de la Cour provinciale à 110 431 \$. Auparavant, ces traitements étaient respectivement 128 220 \$, 121 092 \$ et 113 964 \$ aux termes du *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 171/91. Deuxièmement, une réduction supplémentaire de 1,9 pour 100 a découlé de cinq jours de congé sans solde (deux jours fériés non payés et trois jours de congé non payés). Malheureusement, on ne nous a pas indiqué en vertu de quel texte de loi ces jours de congé avaient été imposés aux membres de la Cour provinciale. Je

217

218

s. 17(1)(d)(iii) of the *Provincial Court Judges Act*, which authorizes the Lieutenant Governor in Council to provide for leaves of absence.

peux seulement supposer que ces jours de congé ont été imposés en application du sous-al. 17(1)(d)(iii) de la *Provincial Court Judges Act*, qui autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à accorder des congés.

219

The absence of an independent, effective, and objective procedure for reviewing a government proposal to reduce judicial salaries in Alberta, which is what s. 11(d)'s guarantee of judicial independence requires, means that the salary reduction in Alberta is unconstitutional. However, if in the future, after Alberta establishes a salary commission, that commission were to issue a report with recommendations which the provincial legislature declined to follow, a salary reduction such as the impugned one would probably be *prima facie* rational because it would be part of an overall economic measure which reduces the salaries of all persons who are remunerated by public funds.

L'absence d'un organisme indépendant, efficace et objectif chargé d'examiner les propositions du gouvernement de réduire les traitements des juges en Alberta, mécanisme requis par la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d), entraîne l'inconstitutionnalité de la réduction des traitements imposée dans cette province. Si, toutefois, dans l'avenir, après que l'Alberta aura établi une commission de la rémunération, cet organisme présentait un rapport accompagné de recommandations que l'assemblée législative refusait de suivre, une réduction de traitements comme celle attaquée en l'espèce serait probablement rationnelle à première vue, et donc justifiée, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure économique générale réduisant les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics.

220

The parties to this appeal engaged in a debate over how widespread and how uniform the salary reductions in the Alberta public sector were. To buttress their respective arguments, they attempted to adduce extrinsic evidence which had not been adduced in the courts below. We denied the motions to introduce this evidence, because the establishment of a factual record is a matter for trial courts, not courts of appeal. Moreover, nothing turns on this question, because we are not issuing judgment on the rationality of the salary reduction. For present purposes, it is sufficient to note that the trial judge proceeded on the basis that the salary reductions did apply across the public sector. Accordingly, the salary reduction in Alberta would likely have been *prima facie* rational. However, in the absence of a complete factual record, for the purposes of this illustration, I would be unable to reach the ultimate conclusion that there was a reasonable factual foundation for the

Les parties au présent pourvoi ont débattu la question de la généralisation et de l'uniformité des réductions des salaires dans le secteur public albertain. Pour étayer leur argumentation respective, elles ont essayé de présenter des éléments de preuve extrinsèques qui n'avaient pas été produits devant les juridictions inférieures. Nous avons refusé les requêtes sollicitant l'introduction de cette preuve, parce que la constitution du dossier factuel relève du juge du procès et non des juridictions d'appel. De plus, cette question n'est pas pertinente puisque nous ne rendons pas jugement sur la rationalité de la réduction des traitements. Pour les besoins de l'espèce, il suffit de souligner que le juge du procès a entendu l'affaire comme si les réductions de salaires et de traitements s'appliquaient à l'ensemble du secteur public. En conséquence, la réduction de traitement imposée en Alberta aurait vraisemblablement été rationnelle à première vue. Toutefois, en l'absence d'un dossier factuel complet, pour les fins de cette démonstration, je serais incapable de décider si la thèse du gouvernement repose sur un fondement factuel rai-

government's claim, and hence that the pay reduction was in fact rational.

(c) *Miscellaneous Provisions*

The respondents and interveners raised a number of objections to the scheme governing the remuneration of judges of the Alberta Provincial Court, which I shall now consider. Several of them centred on the permissive language in s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, which provides that the Lieutenant Governor in Council "may" set judicial salaries. The respondents submit that s. 17(1) violates s. 11(d) of the *Charter* because, on its plain language, it does not require the government to fix salaries and pensions. Applying the standard of the reasonable and informed person, the respondents argue that the permissive language of s. 17(1) creates a perception of a lack of judicial independence, because the independence of Provincial Court judges is not guaranteed by "objective conditions or guarantees" (*Valente, supra*, at p. 685).

What these arguments implicate are the requirements for individual financial security. As I stated above, *Valente* laid down two requirements: that salaries be established by law, and that they not be subject to arbitrary or discretionary interference by the executive. The appellant argues that both of these conditions are met by s. 1 of the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, which provides that judges "shall" be paid specified salaries. I agree that the regulation complies with the requirements for individual financial security. However, s. 17(1) of the Act does not. Its principal defect is the failure to lay down in mandatory terms that Provincial Court judges shall be provided with salaries.

The intervener Alberta Provincial Judges' Association raises a different issue — the pension scheme for Alberta Provincial Court judges. Its submissions are somewhat unclear, but in the end, appear to assert that numerous changes to the oper-

sonnable et, partant, que la réduction des traitements était effectivement rationnelle.

(c) *Dispositions diverses*

Les intimés et les intervenants ont formulé plusieurs objections à l'égard du mécanisme régissant la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Alberta. Je vais maintenant examiner ces objectifs, dont plusieurs étaient centrées sur le caractère facultatif du libellé du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, qui indique que le lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] «peut» fixer les traitements des juges. Les intimés prétendent que, de par son texte même, le par. 17(1) viole l'al. 11d) de la *Charte*, parce qu'il n'oblige pas le gouvernement à fixer des traitements et des pensions. Appliquant la norme de la personne raisonnable et bien informée, les intimés plaident que les libellés facultatifs du par. 17(1) créent une perception d'absence d'indépendance de la magistrature, parce que l'indépendance des juges de la Cour provinciale n'est pas assurée par des «conditions ou garanties objectives» (*Valente*, précité, à la p. 685).

Ce que ces arguments soulèvent ce sont les exigences de la sécurité financière individuelle. Comme je l'ai dit plus tôt, l'arrêt *Valente* a établi deux exigences: que les traitements soient fixés par la loi et qu'ils soient protégés contre l'ingérence arbitraire ou discrétionnaire de l'exécutif. L'appellante soutient que ces deux conditions ont été remplies par l'article premier du *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, qui dispose que les juges visés [TRADUCTION] «touchent» les traitements précisés. Je reconnais que le règlement est conforme aux exigences en matière de sécurité financière individuelle. Toutefois, ce n'est pas le cas du par. 17(1) de la Loi. Son principal défaut est l'omission de préciser qu'il est obligatoire de verser des traitements aux juges de la Cour provinciale.

L'intervenante Alberta Provincial Judges' Association soulève une question différente — le régime de pensions des juges de la Cour provinciale de l'Alberta. Quoique ses arguments soient un peu obscurs, elle semble, en fin de compte,

221

222

223

ation of the pension plan demonstrate the “financial vulnerability of the judiciary”. However, this analysis relies entirely on extrinsic evidence which was not accepted by this Court. As a result, I can do no more than agree with the trial judge, who found that there was insufficient evidence before him to properly consider whether the pension scheme complied with s. 11(d) of the *Charter*.

(3) Manitoba

(a) *Bill 22 and the Salary Reduction*

224

Finally, I turn to the salary reduction in Manitoba. I find that this salary reduction violates s. 11(d), because the salaries were reduced without the use of an independent, effective, and objective commission process for determining judicial salaries. Unlike in Alberta and P.E.I., where no such process existed, Manitoba had created a salary commission, the Judicial Compensation Committee (“JCC”). The unconstitutionality of the salary reduction in that province arises from the fact that the government ignored the JCC process.

225

The remuneration of the judges of the Manitoba Provincial Court was reduced by Bill 22. Section 9(1) of Bill 22 provided that:

9(1) The amount that would otherwise be paid to every person who receives remuneration as a judge of The Provincial Court . . . shall be reduced

(a) for the period commencing on April 1, 1993 and ending on March 31, 1994, by 3.8%; and

(b) for the period commencing on April 1, 1994 and ending on March 31, 1995, by an amount that is generally equivalent to the amount by which the wages of employees under a collective agreement with Her Majesty in right of Manitoba are reduced in the same period as a result of a requirement to take days or portions of days of leave without pay in that period. [Emphasis added.]

affirmer que les nombreuses modifications apportées au fonctionnement du régime de pensions démontrent la [TRADUCTION] «vulnérabilité financière de la magistrature». Toutefois, cette analyse repose entièrement sur des éléments de preuve extrinsèques, qui n’ont pas été admis par notre Cour. En conséquence, je ne peux faire plus que souscrire à la conclusion du juge du procès que la preuve dont il disposait était insuffisante pour examiner adéquatement la question de la conformité du régime de pensions avec l’al. 11d) de la *Charte*.

(3) Manitoba

(a) *La loi 22 et la réduction des traitements*

Finale­ment, je vais examiner la réduction des traitements imposée au Manitoba. Je conclus qu’elle viole l’al. 11d) parce que les traitements ont été réduits sans qu’on ait fait appel à une commission indépendante, efficace et objective de détermination des traitements des juges. Contrairement à la situation qui existe en Alberta et à l’Île-du-Prince-Édouard, où il n’existait pas de mécanisme du genre, le Manitoba avait créé une commission de la rémunération appelée le Comité chargé de la rémunération des juges («CRJ»). L’inconstitutionnalité de la réduction des traitements des juges dans cette province découle du fait que le gouvernement a passé outre le mécanisme existant, soit le CRJ.

La rémunération des juges de la Cour provinciale du Manitoba a été réduite par la loi 22, dont le par. 9(1) prévoyait ceci:

9(1) La somme qui serait normalement versée aux personnes qui reçoivent une rémunération à titre de juges de la Cour provinciale [. . .] est réduite:

a) pour la période qui commence le 1^{er} avril 1993 et se termine le 31 mars 1994, de 3,8 %;

b) pour la période qui commence le 1^{er} avril 1994 et se termine le 31 mars 1995, d’une somme qui correspond, de façon générale, au montant de la réduction de salaire que subissent les salariés visés par une convention collective conclue avec Sa Majesté du chef du Manitoba au cours de la même période par suite de leur obligation de prendre des jours ou des parties de jours de congé sans solde. [Je souligne.]

On a plain reading of s. 9(1), it is clear that the pay reduction for Provincial Court judges was mandatory for the 1993-94 fiscal year, and perhaps for the 1994-95 year, depending on the outcome of public sector collective bargaining.

Bill 22 imposed a salary reduction on members of the Manitoba Provincial Court. It was therefore necessary for the government to have prior recourse to an independent salary commission, which would have reported on the proposed reduction, before that legislation was enacted. Such a body already existed in Manitoba — the JCC. The JCC is a statutory body, created by s. 11.1 of *The Provincial Court Act*. As the trial judge noted, s. 11.1 was enacted in partial response to the recommendation of the Manitoba Law Reform Commission, *supra*, chapter 4. The Commission expressed its concern with the setting of judicial remuneration by order in council, because it created the perception of a dependent relationship between the executive and the judiciary. It recommended the creation of an independent committee for determining judicial remuneration, operating according to the negative resolution procedure I described earlier. The Manitoba legislation, however, only empowers the independent committee to make non-binding recommendations to the legislature.

Section 11.1 lays down the membership and powers of the JCC. There are three members, all appointed by the Lieutenant Governor in Council. Two members are designated by the responsible Minister, and the remaining member is designated by the judges of the Manitoba Provincial Court (s. 11.1(2)). The Lieutenant Governor in Council appoints one of these three to be the chair (s. 11.1(2)). The term of office is two years (s. 11.1(1)). Once appointed, the JCC is charged with the mandate of reviewing and issuing a report to the Minister on the salaries and benefits payable to judges, including pensions, vacations, sick leave, travel expenses and allowances (s. 11.1(1)). Once this report is submitted, it must be tabled by

Il ressort clairement du texte même du par. 9(1) que la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale était impérative pour l'exercice 1993-1994, et peut-être même pour l'exercice 1994-1995, selon le résultat des négociations collectives dans le secteur public.

La loi 22 imposait aux membres de la Cour provinciale du Manitoba une réduction de leurs traitements. Il était donc nécessaire pour le gouvernement de recourir au préalable à une commission indépendante en matière de rémunération, qui aurait présenté un rapport sur la réduction proposée, avant qu'une loi soit édictée. Or il existait un tel organisme au Manitoba — le CRJ, organisme créé par la loi, en l'occurrence l'art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale*. Comme l'a dit le juge de première instance, cet article a été édicté en partie pour donner suite à la recommandation de la Commission de réforme du droit du Manitoba, *op. cit.*, chapitre 4. La Commission avait exprimé son inquiétude au sujet de la fixation par décret des traitements des juges, parce que cette situation créait la perception d'un lien de dépendance entre l'exécutif et le judiciaire. Elle a recommandé la création d'un comité indépendant chargé de déterminer la rémunération des juges, appliquant la procédure de la résolution négative que j'ai décrite précédemment. La loi manitobaine ne donne toutefois à ce comité indépendant que le pouvoir de formuler des recommandations qui ne lient pas la législature.

L'article 11.1 précise la composition du CRJ et ses pouvoirs. Le CRJ est composé de trois membres, tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Deux membres sont désignés par le ministre responsable, et l'autre l'est par les juges de la Cour provinciale du Manitoba (par. 11.1(2)). Le lieutenant-gouverneur en conseil désigne l'un des membres à titre de président (par. 11.1(2)). La durée du mandat du Comité est de deux ans (par. 11.1(1)). Une fois constitué, le CRJ a pour rôle d'examiner les traitements et autres avantages des juges, y compris leurs pensions, leurs vacances, leurs congés de maladie ainsi que leurs frais et indemnités de déplacement, et de faire rapport au ministre à cet égard (par. 11.1(1)). Le rap-

the Minister before the provincial legislature within 30 days if the legislature is in session, or within 30 days of the legislature commencing a new session (s. 11.1(4)). Within 30 days of being tabled, the report must be referred to a standing committee of the legislature, which in turn must report back on the recommendations of the JCC within 60 days (s. 11.1(5)). It is then left to the legislature to determine whether it will accept the report of the standing committee (s. 11.1(6)). If the legislature adopts that report, all acts, regulations, and administrative practices are deemed to be amended as necessary to implement the report (s. 11.1(6)).

228

The evidence presented by the parties indicates that there have been two JCC's since s. 11.1 was added to *The Provincial Court Act* in 1990. In the same year, the first JCC was appointed by order in council (895/90). It held public hearings in January 1991, and issued its report in June 1991. That report was eventually laid before the legislature, which in turn referred it to a standing committee. The standing committee's report was adopted by the legislature on June 24, 1992. The report incorporated the recommendations of the JCC with respect to changes in judicial remuneration. It provided for a 3 percent increase for Manitoba Provincial Court judges effective April 3, 1993.

229

The first JCC seems to have operated in the manner envisioned by *The Provincial Court Act* — changes were made to judicial remuneration after the JCC had issued its report, which was duly considered by a committee of the legislature. However, the problem in this appeal is that Bill 22 displaced the operation of the second JCC. As required by s. 11.1(1), a new JCC was appointed in October 1992, pursuant to an order in council (865/92). The second JCC received submissions from both the Provincial Court judges and the government in May 1993. However, before the JCC had convened or issued its report, the legislature enacted Bill 22 on July 27, 1993. The salaries of

port doit être déposé par le ministre à l'assemblée législative dans les 30 premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception (par. 11.1(4)). Un comité permanent de l'assemblée législative est saisi du rapport dans les 30 jours suivant son dépôt; ce comité doit présenter un rapport sur les recommandations du CRJ dans les 60 jours (par. 11.1(5)). Il appartient alors à l'assemblée législative de décider si elle accepte ou non le rapport du comité permanent (par. 11.1(6)). Dans l'affirmative, les lois, les règlements et les pratiques administratives sont réputés être modifiés dans la mesure nécessaire pour donner suite au rapport (par. 11.1(6)).

Il ressort de la preuve présentée par les parties que deux CRJ ont été constitués depuis l'ajout de l'art. 11.1 à la *Loi sur la Cour provinciale* en 1990. La même année, le premier comité a été constitué par décret (895/90). Il a tenu des audiences publiques en janvier 1991 et produit son rapport en juin 1991. Ce rapport a été déposé à l'assemblée législative, qui l'a renvoyé au comité permanent. Le rapport du comité permanent a été adopté par l'assemblée législative le 24 juin 1992. Ce rapport reprenait les recommandations du CRJ relativement aux modifications devant être apportées à la rémunération des juges. Il prévoyait une augmentation de 3 pour 100 des traitements des juges de la Cour provinciale du Manitoba entrant en vigueur le 3 avril 1993.

Il semble que la première fois où le mécanisme du CRJ a été appliqué, il ait été suivi de la manière envisagée par la *Loi sur la Cour provinciale* — des modifications ont été apportées aux traitements des juges après le dépôt du rapport du Comité, qui a été dûment étudié par un comité de l'assemblée législative. Toutefois, le problème qui se pose dans le présent pourvoi est que la loi 22 a écarté le fonctionnement du second CRJ. Conformément au par. 11.1(1), un nouveau CRJ a été constitué par décret (865/92) en octobre 1992. Ce CRJ a reçu des observations des juges de la Cour provinciale ainsi que du gouvernement en mai 1993. Toutefois, avant qu'il se soit réuni ou qu'il ait produit son rapport, l'assemblée législative a édicté la loi 22 le 27 juillet 1993. Les traitements des juges de la

Manitoba Provincial Court judges were altered by s. 9 of the Bill, which I have cited above.

There was considerable debate among the parties over the interaction between s. 9 of Bill 22 and the JCC. The appellants argued that the JCC had constitutional status, and that Bill 22 violated s. 11(d) because it suspended the operation of the JCC and had therefore “effective[ly] repeal[ed] s. 11.1”. In particular, they drew attention to the fact that Bill 22 changed salaries for a period of time (April 1, 1993 to March 31, 1994) which had been the object of a JCC report that had already been accepted by the legislature.

The respondent, in addition to rejecting the submission that the JCC had any constitutional status, placed a great deal of weight on the argument that there was in fact no conflict between Bill 22 and the continued operation of the JCC. Not only did Bill 22 not preclude the operation of the JCC; it in fact allowed for that process to continue. The respondent draws support for its submission from the wording of s. 9(1) of Bill 22, which provides that the 3.8 percent reduction is to apply to “[t]he amount that would otherwise be paid” (emphasis added). This language, it is said, was apparently intended to permit the continued operation of the JCC, which could have recommended increases to judges’ salaries; these recommendations in turn, could have been accepted by the legislature.

I reject the submission of the respondent on this point. Bill 22 is constitutionally defective in two respects. First, s. 9(1)(a) reduced the salary for the 1993-94 financial year which had been set by the legislature on the basis of the previous JCC’s recommendation without further recourse to that body. Second, s. 9(1)(b) effectively precluded the future involvement of the JCC, at least for the 1994-95 financial year.

I first consider s. 9(1)(a). That provision reduced the salaries that the judges would have otherwise received commencing April 1, 1993 by 3.8 percent, for the 1993-94 year. The base salary to which the 3.8 percent reduction applied was the

Cour provinciale du Manitoba ont été modifiés par l’art. 9 de cette loi, que j’ai reproduit plus tôt.

L’interaction de l’art. 9 de la loi 22 et du CRJ a donné lieu à un long débat entre les parties. Les appelants ont soutenu que le CRJ avait un statut constitutionnel et que la loi 22 avait porté atteinte à l’al. 11d), parce qu’elle avait suspendu le fonctionnement du CRJ et qu’elle avait donc [TRADUCTION] «dans les faits abrog[é] l’art. 11.1». En particulier, les appelants ont souligné le fait que la loi 22 avait modifié les traitements pour une période (du 1^{er} avril 1993 au 31 mars 1994) qui avait été l’objet d’un rapport du CRJ, que l’assemblée législative avait déjà accepté.

En plus de contester l’argument que le CRJ avait un quelconque statut constitutionnel, l’intimée a plaidé avec insistance qu’il n’existait en fait aucune incompatibilité entre la loi 22 et la poursuite du fonctionnement du CRJ. Non seulement la loi 22 ne faisait pas obstacle au fonctionnement du CRJ, mais, en fait, elle permettait que son processus se poursuive. L’intimée appuie son argument sur le texte du par. 9(1) de la loi 22, qui dispose que «[l]a somme qui serait normalement versée» est réduite de 3,8 pour 100 (je souligne). Selon elle, ces termes visaient manifestement à permettre la poursuite du fonctionnement du CRJ, qui aurait pu recommander des hausses des traitements des juges, recommandations qui auraient pu ensuite être acceptées par l’assemblée législative.

Je rejette l’argument de l’intimée sur ce point. À la lumière de la Constitution, la loi 22 est déficiente à deux égards. Premièrement, l’al. 9(1)a) a réduit, pour l’exercice 1993-1994, les traitements qui avaient été fixés par l’assemblée législative sur le fondement de la recommandation antérieure du CRJ, sans s’adresser à nouveau à celui-ci à cet égard. Deuxièmement, l’al. 9(1)b) empêchait effectivement la participation future du CRJ, du moins pour l’exercice 1994-1995.

Je vais d’abord examiner l’al. 9(1)a). Cette disposition a réduit de 3,8 pour 100 les traitements que les juges auraient normalement touchés à compter du 1^{er} avril 1993 pour l’exercice 1993-1994. Le traitement auquel a été appliquée la

230

231

232

233

salary arrived at as a result of the report of the first JCC; this is the significance of the words “would otherwise be paid” in s. 9(1). What is important is that this reduction was imposed without the benefit of a report from the second JCC, which had been constituted at the time. In fact, the second JCC was left out of the process entirely. Section 11(d) of the *Charter* requires that that change only be made after the report of an independent salary commission. The circumvention of the JCC by the province therefore violated an essential procedural requirement of the collective or institutional guarantee of financial security.

234

Moreover, I do not accept that s. 9(1)(b) of Bill 22 accommodated the possibility of a report from another JCC for a further salary increase, which the legislature could then accept, for 1994-95. The respondent’s argument has theoretical appeal. However, that appeal is just that — theoretical. It ignores the simple political reality that s. 11.1 of *The Provincial Court Act* leaves the ultimate decision on judicial remuneration with the provincial legislature, the same body that enacted Bill 22. It is exceedingly unlikely that the same legislature which sought to reduce judges’ salaries in 1994-95 by enacting s. 9(1)(b) would then turn around and approve a JCC report which would potentially recommend increases to judges’ salaries.

235

Finally, I consider whether the economic circumstances facing Manitoba were sufficiently serious to warrant the reduction of judges’ salaries without recourse to the JCC. Scollin J. held, at trial, that there was an economic emergency in Manitoba. However, he defined (at p. 77) an economic emergency in much broader terms than I have above, as a situation

[w]here, in the judgment of the Government, fiscal demands on the public treasury can be met only by immediate but determinate restraints on the Government’s own spending. . . .

réduction de 3,8 pour 100 était le traitement fixé par suite du premier rapport du CRJ; voilà l’importance des mots «qui serait normalement versée» employés au par. 9(1). Ce qui importe c’est que cette réduction a été imposée sans l’avantage du rapport du second CRJ, lequel avait alors été constitué. De fait, le second CRJ a été entièrement écarté du processus. L’alinéa 11d) de la *Charte* exige qu’une telle modification ne soit apportée qu’après la présentation d’un rapport par une commission indépendante sur la rémunération. En contournant le CRJ, la province a donc violé une exigence procédurale essentielle de la garantie collective ou institutionnelle de sécurité financière.

De plus, je n’admets pas que l’al. 9(1)(b) de la loi 22 permettait qu’un nouveau CRJ recommande une augmentation des traitements des juges pour l’exercice 1994-1995, recommandation que l’assemblée législative aurait pu ensuite accepter. L’argument de l’intimée est attrayant sur le plan théorique. Mais son attrait s’arrête là — à la théorie. Il ne tient pas compte de la simple réalité politique, c’est-à-dire du fait que l’art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale* laisse la décision finale en ce qui concerne la rémunération des juges de la Cour provinciale à l’assemblée législative, précisément le même organe qui a voté la loi 22. Il est extrêmement improbable que l’assemblée législative, qui a voulu réduire les traitements des juges en 1994-1995 en édictant l’al. 9(1)(b), fasse volte-face et approuve le rapport d’un CRJ qui recommanderait une hausse de ces traitements.

Finalement, je vais étudier la question de savoir si la situation économique au Manitoba était suffisamment grave pour justifier la réduction des traitements des juges sans recourir au CRJ. Le juge Scollin a décidé, au procès, qu’il y avait une crise financière dans la province. Toutefois, il a défini (à la p. 77) la notion de crise financière en termes beaucoup plus généraux que ceux que j’ai employés précédemment, affirmant

[TRADUCTION] [qu’i]l s’agit des cas où, de l’avis du gouvernement, les besoins budgétaires du Trésor ne peuvent être satisfaits que par des compressions immédiates mais précises de ses propres dépenses. . . .

By contrast, I have defined an economic emergency as a dire and exceptional situation precipitated by unusual circumstances, for example, such as the outbreak of war or pending bankruptcy. Although Manitoba may have faced serious economic difficulties in the time period preceding the enactment of Bill 22, the evidence tendered by the government does not establish that Manitoba faced sufficiently dire and exceptional circumstances to warrant the suspension of the involvement of the JCC.

In conclusion, the salary reduction imposed by s. 9(1) of Bill 22 violated s. 11(d) of the *Charter*, because the government failed to respect the independent, effective, and objective process for setting judicial remuneration which was already operating in Manitoba. The appellants also submitted that Bill 22 was unconstitutional because it discriminated against members of the judiciary. The provisions governing salary reductions for the judiciary, they note, are mandatory; s. 9 provides that judges' salaries "shall" be reduced. By contrast, s. 4, which governs persons employed in the broader public sector, is framed in permissive terms. It provides that public sector employers "may" require their employers to take up to 15 days of unpaid leave.

I decline to consider these submissions, because they go to the question of whether the government would have been justified in enacting legislation with terms identical to Bill 22 in rejection of the report of the JCC. Unlike cuts such as those in P.E.I. and Alberta, whose *prima facie* rationality is evident on their face because they apply across-the-board, the differential treatment of judges under Bill 22 is a matter better left, in its entirety, for future litigation, because the factual issues involved are by definition more complex. I note in passing, though, that s. 11(d) allows for differential treatment of judges, and hence does not require that mandatory salary reductions for judges be accompanied by salary reductions for absolutely every person who is paid from the public purse. It

Par contraste, j'ai défini la notion de crise financière comme étant une situation exceptionnuellement grave, provoquée par des circonstances extraordinaires telles que le déclenchement d'une guerre ou une faillite imminente. Même si le Manitoba a pu connaître de graves difficultés financières durant la période qui a précédé l'édiction de la loi 22, la preuve présentée par le gouvernement n'établit pas que cette province était aux prises avec une situation suffisamment grave et exceptionnelle pour justifier la suspension du fonctionnement du CRJ.

En conclusion, la réduction des traitements imposée par le par. 9(1) de la loi 22 a violé l'al. 11d) de la *Charte*, parce que le gouvernement n'a pas respecté le processus indépendant, efficace et objectif de détermination de la rémunération des juges déjà appliqué au Manitoba. Les appelants ont également soutenu que la loi 22 était inconstitutionnelle parce qu'elle était discriminatoire contre les juges. Les dispositions régissant la réduction des traitements des juges, de souligner les appelants, ont un caractère impératif, l'art. 9 précise que la somme qui serait normalement versée aux juges à titre de rémunération «est» réduite. Par contraste, l'art. 4, qui régit les employés du secteur public, est rédigé en termes facultatifs et dispose qu'un employeur du secteur public «peut» exiger de ses salariés qu'ils prennent jusqu'à 15 jours de congé sans solde.

Je m'abstiens d'examiner ces arguments, car ils concernent la question de savoir si le gouvernement aurait été justifié d'édicter un texte de loi rédigé en termes identiques à ceux de la loi 22 et rejetant le rapport du CRJ. Contrairement aux réductions imposées à l'Île-du-Prince-Édouard et en Alberta, dont la rationalité est évidente à première vue parce qu'elles s'appliquent de façon générale, il vaut mieux reporter à une autre occasion l'examen de toute la question du traitement différentiel des juges prévu par la loi 22, étant donné que les questions de fait en jeu sont par définition plus complexes. Toutefois, je souligne en passant que l'al. 11d) permet qu'un traitement différent soit appliqué aux juges, et donc qu'il n'exige pas que des réductions obligatoires de trai-

236

237

may be necessary to adopt different arrangements for different groups of persons, depending on the nature of the employment relationship they have with the government.

(b) *The Conduct of the Executive in Manitoba*

238 I now turn to the highly inappropriate conduct of the Manitoba provincial government, in the time period following the implementation of the salary reductions in that province. This conduct represents either an ignorance of, or a complete disrespect for judicial independence.

239 Earlier on in these reasons, I stated why it was improper for governments and the judiciary to engage in salary negotiations. The separation of powers demands that the relationship between the judiciary and the other branches be depoliticized. Moreover, remuneration from the public purse is an inherently political issue. It follows that judges should not negotiate changes in remuneration with executives and legislatures, because they would be engaging in political activity if they were to do so. Moreover, salary negotiations would undermine the appearance of independence, because those negotiations would bring with them a whole set of expectations about the behaviour of the parties to those negotiations which are inimical to judicial independence.

240 Salary negotiations between judges and the executive and legislature are clearly unacceptable. However, the record before this Court indicates that the Government of Manitoba initiated negotiations with the Manitoba Provincial Judges Association, and furthermore that those negotiations had the express purpose of setting salaries without recourse to the JCC. The first piece of documentary evidence is a letter from Chief Judge Webster to judges of the Manitoba Provincial Court, dated March 11, 1994. That letter describes an offer from the Minister of Justice for a salary increase of 2.3

tement imposées aux juges soient accompagnées de réductions des salaires et traitements d'absolument toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. En effet, il peut être nécessaire d'adopter des mesures différentes à l'égard d'autres groupes de personnes, selon la nature de leurs rapports professionnels avec le gouvernement.

(b) *La conduite de l'exécutif au Manitoba*

Je vais maintenant examiner la conduite hautement inappropriée du gouvernement manitobain au cours de la période qui a suivi la mise en œuvre des réductions de traitements dans la province. Cette conduite témoigne soit d'une ignorance de l'indépendance de la magistrature, soit d'une absence totale de respect pour ce principe.

Plus tôt dans les présents motifs, j'ai indiqué pourquoi il ne convenait pas que les gouvernements et le pouvoir judiciaire engagent des négociations sur les traitements. La séparation des pouvoirs commande que les rapports entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs exécutif et législatif soient dépolitisés. De plus, le paiement de rémunérations sur les fonds publics est une question intrinsèquement politique. Il s'ensuit que les juges ne devraient pas négocier de modifications à leur rémunération avec l'exécutif et le législatif, car ce faisant ils exerceraient une activité politique. Qui plus est, la tenue de négociations sur les traitements minerait la perception d'indépendance, parce que de telles négociations font naître, relativement à l'attitude des parties à ces négociations, certaines attentes incompatibles avec l'indépendance de la magistrature.

La tenue de négociations sur les traitements entre la magistrature et les pouvoirs exécutif et législatif est clairement inacceptable. Toutefois, le dossier soumis à notre Cour indique que le gouvernement du Manitoba a été à l'origine des négociations avec la Manitoba Provincial Judges Association et que, en outre, ces négociations avaient expressément pour objet de fixer les traitements sans recourir au CRJ. Le premier élément de preuve documentaire est une lettre du juge en chef Webster aux juges de la Cour provinciale du Manitoba, datée du 11 mars 1994. Elle fait état de l'of-

percent. The letter also quotes the Minister as having made the offer “[o]n the condition that the Judicial Compensation Committee hearings do not proceed”.

The President of the Manitoba Provincial Judges Association instructed counsel to accept the offer on March 31, 1994. This letter confirms that negotiations were to replace the JCC as the means whereby salaries were set. There seems to have been the expectation that the JCC would merely rubber-stamp the salary increase negotiated by the parties:

The judges agree that this acceptance of this offer requires a joint recommendation to the Judicial Compensation Committee which ought to proceed forthwith and really without any hearing. It is also expected that the Compensation Committee will recommend to the Legislature adoption of the joint recommendation without further comment.

Alternatively, the Association also seems to have thought that the JCC would not convene at all. In a letter dated March 31, 1994, counsel for the Association informed counsel for the government that the judges accepted the offer “[subject to] the condition that the Judicial Compensation Committee hearings do not proceed”. A few days later, on April 6, 1994, counsel for the Association sent a draft of a joint recommendation to be submitted to the JCC to counsel for the government. It is clear that both parties intended a negotiated salary increase to be an alternative to proceeding through the JCC.

I must confess that I am somewhat disturbed by this course of events, because it creates the impression that the Manitoba Provincial Judges Association was a willing participant in these negotiations, and thus compromised its own independence. If the Association had acted in this manner, its conduct would have been highly problematic. However, the surrounding circumstances have led me to conclude that the Association was effectively coerced into these negotiations. The offer of March 11, 1994 must be viewed against the background

fre du ministre de la Justice de hausser les traitements de 2,3 pour 100. On y cite aussi les propos suivants du ministre, selon lesquels l’offre était faite: [TRADUCTION] «[à] la condition que le Comité chargé de la rémunération des juges ne tienne pas ses audiences».

Le président de la Manitoba Provincial Judges Association a donné à son avocat l’instruction d’accepter l’offre le 31 mars 1994. Cette lettre confirme que les négociations devaient remplacer le CRJ comme moyen de fixer les traitements des juges. Il semble qu’on s’attendait à ce que le CRJ approuve sans discussion l’augmentation des traitements négociée par les parties:

[TRADUCTION] Les juges conviennent que l’acceptation de la présente offre exige la présentation d’une recommandation conjointe au Comité chargé de la rémunération des juges qui devrait agir sans délai et, dans les faits, sans tenir d’audiences. Il est également prévu que le Comité recommande à l’assemblée législative, sans faire d’autres observations, l’adoption de la recommandation conjointe.

Par ailleurs, l’Association semble également avoir pensé que le CRJ ne se réunirait pas du tout. Dans une lettre datée du 31 mars 1994, l’avocat de l’Association a informé l’avocat du gouvernement que les juges acceptaient l’offre [TRADUCTION]«[à] la condition que le Comité chargé de la rémunération des juges ne tienne pas ses audiences». Quelques jours plus tard, le 6 avril 1994, l’avocat de l’Association a envoyé à l’avocat du gouvernement un projet de recommandation conjointe à soumettre au CRJ. Il est clair que les deux parties entendaient négocier une hausse de traitement plutôt que recourir à la procédure du CRJ.

Je dois avouer que je suis assez troublé par ces événements, car ils créent l’impression que la Manitoba Provincial Judges Association a volontairement participé à ces négociations, compromettant ainsi son indépendance. Si l’Association avait agi de cette manière, sa conduite aurait été très problématique. Toutefois, les circonstances m’ont amené à conclure qu’elle a effectivement été contrainte à négocier. L’offre du 11 mars 1994 doit être considérée à la lumière de la loi 22. Comme je l’ai mentionné plus tôt, cette loi a violé l’al. 11*d*),

241

242

of Bill 22. As I mentioned earlier, Bill 22 violated s. 11(d) because it changed judicial remuneration without first proceeding through the JCC, and because it effectively precluded the future operation of the JCC for the 1994-95 financial year. Faced with the prospect of a JCC which was destined to be completely ineffectual, if not inoperative, the Association had little choice but to enter into salary discussions. An indication of the Association's relatively weak position is the fact that they accepted the government's offer without requesting any modifications.

243 That negotiations occurred between the provincial government and the Association, no matter how one-sided, was bad enough. What happened next was even worse, and illustrates why the Constitution must be read to prohibit negotiations between the judiciary and the other branches of government. The government seems to have learned that the Association was considering a constitutional challenge to Bill 22. It then refused to agree to making a joint submission with the Association to the JCC until the Association clarified its intentions regarding potential litigation.

244 Thus, on May 3, 1994, counsel for the government wrote that in light of the Association's failure to give an assurance that it would not be challenging Bill 22, the government "had to reconsider the draft recommendation" in order to clarify that the 2.3 percent increase would be subject to Bill 22. The government then proposed that the Association accept one of two alternative changes to the proposed draft recommendation to address its concerns. The Association accepted one of these changes on May 4, 1994, but made it clear that it wished to treat the joint recommendation and a possible challenge to Bill 22 as separate issues. Counsel for the government then replied, on May 5, 1994, that the government would not sign the joint recommendation unless it received "a clear and unequivocal statement" of the Association's intentions with regard to Bill 22. The clear implication of this letter, as of a letter sent by counsel for the government on May 19, 1994, was that the

puisqu'elle a modifié la rémunération des juges sans recours préalable à la procédure du CRJ et qu'elle a effectivement empêché le fonctionnement de ce mécanisme pour l'exercice 1994-1995. Devant la perspective d'un CRJ totalement inefficace, voire inopérant, l'Association n'avait guère d'autre choix que d'entamer des discussions sur les traitements. Une indication de la position de faiblesse relative de l'Association est le fait qu'elle a accepté l'offre du gouvernement sans demander quelque modification que ce soit.

Comme si le fait que des négociations, aussi inégales soient-elles, aient eu lieu entre le gouvernement provincial et l'Association n'était pas déjà assez déplorable, ce qui est arrivé ensuite a été bien pire et illustre bien pourquoi il faut interpréter la Constitution de façon à interdire toute négociation entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État. Il semble que le gouvernement a appris que l'Association songeait à contester la constitutionnalité de la loi 22 et a alors refusé de présenter, conjointement avec l'Association, des observations au CRJ, tant que l'Association n'aurait pas précisé ses intentions quant à une éventuelle action en justice.

Ainsi, le 3 mai 1994, l'avocat du gouvernement a écrit que, comme l'Association n'avait pas donné l'assurance qu'elle ne contestait pas la loi 22, le gouvernement [TRADUCTION] «devait réexaminer le projet de recommandation» afin de préciser que l'augmentation de 2,3 pour 100 serait assujettie à la loi 22. Le gouvernement a ensuite proposé que l'Association accepte l'une ou l'autre de deux modifications proposées au projet de recommandation afin de tenir compte de ses préoccupations. L'Association a accepté l'une des modifications le 4 mai 1994, mais elle a clairement indiqué qu'elle souhaitait traiter séparément la question des recommandations conjointes et celle de la contestation possible de la loi 22. Le 5 mai 1994, l'avocat du gouvernement a répondu que celui-ci ne signerait la recommandation conjointe que s'il recevait [TRADUCTION] «une déclaration claire et sans équivoque» des intentions de l'Association à l'égard de la loi 22. L'implication manifeste qui ressort de

government would not proceed with the joint recommendation unless the Association agreed to forego litigation on Bill 22. No such assurance was given, and the joint recommendation was never made.

The overall picture which emerges is that the Government of Manitoba initiated negotiations with the Manitoba Provincial Judges Association, the purpose of which was to set salaries without recourse to the independent, effective, and objective process centred on the JCC. Moreover, when the judges would not grant the government an assurance that they would not launch a constitutional challenge to Bill 22, the government threatened to abandon the joint recommendation.

The facts of this appeal vividly illustrate why salary negotiations between the judiciary and the other branches of government are unconstitutional. Negotiations force the organs of government to engage in conduct which is inconsistent with the character of the relationship between them. For example, the Manitoba government relied on pressure tactics of the sort which are characteristic of salary negotiations. Those tactics created an atmosphere of acrimony and discord, and were intended to induce a concession from the judiciary. Alternatively, the judiciary may have responded with a pressure tactic of its own. The expectations of give and take, and of threat and counter-threat, are fundamentally at odds with judicial independence. They raise the prospect that the courts will be perceived as having altered the manner in which they adjudicate cases, and the extent to which they will protect and enforce the Constitution, as part of the process of securing the level of remuneration they consider appropriate. In this light, the conduct of the Manitoba government was unacceptable.

cette lettre, comme de celle qu'il a expédiée le 19 mai 1994, est que le gouvernement ne présenterait pas de recommandation conjointe à moins que l'Association convienne de renoncer à prendre toute action en justice relativement à la loi 22. Aucune assurance n'ayant été donnée sur ce point, la recommandation conjointe n'a pas été présentée.

Le tableau général qui se dégage de ce qui précède est que le gouvernement manitobain a entamé des négociations avec la Manitoba Provincial Judges Association, dans le but de fixer les traitements sans recourir au processus indépendant, efficace et objectif du CRJ. De plus, comme les juges ne lui donnaient pas l'assurance qu'ils ne contesteraient pas la constitutionnalité de la loi 22, le gouvernement a menacé d'abandonner la recommandation conjointe.

Les faits du présent pourvoi illustrent de façon très claire pourquoi la tenue de négociations sur les traitements entre le judiciaire et les autres pouvoirs de l'État est inconstitutionnelle. De telles négociations obligent les organes de l'État à se conduire d'une manière incompatible avec le caractère des rapports qu'ils doivent entretenir. Par exemple, le gouvernement du Manitoba a usé de moyens de pression typiques des négociations salariales. Ces moyens de pression, qui ont créé un climat de discord et d'acrimonie, visaient à amener le judiciaire à faire une concession. En revanche, les juges ont peut-être répondu par leurs propres moyens de pression. Les concessions mutuelles, les menaces et les contre-menaces qui caractérisent de telles négociations sont fondamentalement incompatibles avec l'indépendance de la magistrature. Elles évoquent la possibilité que les tribunaux soient perçus comme ayant modifié la façon dont ils tranchent les litiges, ainsi que la mesure dans laquelle ils protègent la Constitution et la font respecter, au terme d'un processus visant à leur permettre d'obtenir le niveau de rémunération qu'ils estiment approprié. Vue sous cet angle, la conduite du gouvernement du Manitoba était inacceptable.

245

246

V. Other Issues Raised in These Appeals

247 As I mentioned earlier, the issue which unites these appeals is whether and how s. 11(d)'s guarantee of judicial independence restricts and manner and extent by and to which provincial governments and legislatures can reduce the salaries of provincial court judges. This is a question of financial security. However, each of these appeals also implicates the other two aspects of judicial independence, security of tenure and administrative independence, to which I will now turn.

A. *Prince Edward Island*(1) Security of Tenure

248 The appellants direct their submissions at the alleged lack of security of tenure created by s. 10 of the *Provincial Court Act*, as it stood at the time of the reference to the court below. They argue that the provision is constitutionally deficient in two respects: first, it permits the executive to suspend a judge if it has reason to believe that a judge is guilty of misbehaviour, or is unable to perform his or her duties properly, without requiring probable cause, and second, it is possible to remove judges without a prior inquiry. For these reasons, they submit that questions 1 and 2(c) of the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* should be answered in the negative.

249 These arguments have been rendered moot by repeal and replacement of s. 10 by the *Provincial Affairs and Attorney General (Miscellaneous Amendments) Act*, S.P.E.I. 1995, c. 32. The amended legislation now requires that there be an inquiry in every case by a judge of the P.E.I. Supreme Court (s. 10(1)), that the judge whose conduct is being investigated be given notice of the hearing and a full opportunity to be heard

V. Autres questions soulevées par les présents pourvois

Comme je l'ai mentionné plus tôt, la question commune aux présents pourvois est celle de savoir si la garantie d'indépendance de la magistrature prévue à l'al. 11d) a pour effet de restreindre et les moyens par lesquels les gouvernements et les assemblées législatives des provinces peuvent réduire les traitements des juges des cours provinciales, et l'ampleur de ces réductions. Il s'agit d'une question touchant la sécurité financière. Toutefois, chacun des pourvois met également en jeu les deux autres aspects de l'indépendance de la magistrature, c'est-à-dire l'inamovibilité et l'indépendance administrative, que je vais maintenant aborder.

A. *Île-du-Prince-Édouard*(1) L'inamovibilité

Les arguments des appelants sont centrés sur l'inamovibilité insuffisante qu'accordait l'art. 10 de la *Provincial Court Act*, dans sa version en vigueur à la date du renvoi à la cour d'instance inférieure. Selon les appelants, cette disposition est constitutionnellement défectueuse sous deux rapports: premièrement, elle permet à l'exécutif de suspendre un juge s'il a des raisons de croire que ce dernier s'est rendu coupable de mauvaise conduite ou qu'il est incapable d'exercer convenablement ses fonctions, et cela sans exiger de motif valable, et, deuxièmement, elle permet de révoquer un juge sans enquête préalable. Pour ces motifs, ils soutiennent qu'il faut répondre par la négative aux questions 1 et 2c) du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

Ces arguments sont devenus théoriques étant donné l'abrogation de l'art. 10 et son remplacement par la *Provincial Affairs and Attorney General (Miscellaneous Amendments) Act*, S.P.E.I. 1995, ch. 32. La loi modifiée exige désormais que chaque cas fasse l'objet d'une enquête par un juge de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (par. 10(1)), qu'avis de l'audience et la possibilité de présenter son point de vue soient donnés au

(s. 10(3)), and that a finding of misbehaviour or inability to perform one's duties be a precondition to any recommendation for disciplinary measures. Because there will now always be a judicial inquiry before the removal of a judge, and because that removal must be based on actual cause, the new legislation meets the standard set down by *Valente*. It is unnecessary to consider the constitutionality of the former provisions.

Finally, I turn to question 2 of *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, which purports to raise a series of questions about security of tenure. Aside from question 2(c), which addresses the provisions I have just described, the rest of these questions raise issues which fall outside the ambit of security of tenure. Since the sole focus of question 2 is security of tenure, whatever other aspects of judicial independence those questions might touch on is irrelevant for the purpose of answering that question. However, to some extent, questions 2(a) and (f) (pensions), questions 2(b) and (g) (the remuneration of Provincial Court judges), and questions 2(d) and (e) (discretionary benefits), which all touch on financial security, are dealt with by the various parts of question 4.

(2) Administrative Independence

The administrative independence of the P.E.I. Provincial Court was the subject of question 3 of the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*. The appellants also raised in question 5, the residual question, a concern about administrative independence which was not addressed by the specific parts of question 3. To frame the analysis which follows, I will begin by recalling the meaning given to administrative independence in *Valente*. The Court defined administrative independence in rather narrow terms, at p. 712, as "[t]he essentials of institutional independence which may be reasonably perceived as sufficient for purposes of s. 11(d)". That essential minimum

juge en cause (par. 10(3)) et que toute recommandation concernant des mesures disciplinaires soit subordonnée à une conclusion d'inconduite ou d'incapacité de remplir ses fonctions. Comme il y aura chaque fois une enquête judiciaire avant la révocation d'un juge, et que cette révocation devra être fondée sur un motif concret, la nouvelle loi respecte la norme énoncée dans *Valente*. Il n'est pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité des dispositions antérieures.

Finalement, je m'arrête à la question 2 du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, qui est censée soulever une série de questions au sujet de l'inamovibilité. Hormis la question 2c), qui traite des points dont je viens de parler, le reste de ces questions soulèvent des points qui ne concernent pas l'inamovibilité. Comme la question 2 concerne uniquement l'inamovibilité, les autres aspects de l'indépendance de la magistrature auxquels ces questions pourraient toucher ne sont pas pertinents pour répondre à la question 2. Toutefois, les questions 2a) et f) (pensions), les questions 2b) et g) (rémunération des juges de la Cour provinciale) et les questions 2d) et e) (avantages discrétionnaires), autant de questions relatives à la sécurité financière, sont, dans une certaine mesure, toutes examinées dans les diverses parties de la question 4.

(2) L'indépendance administrative

L'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard est l'objet de la question 3 du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. Les appelants ont également soulevé, dans le cadre de la question 5, une question résiduelle, savoir une préoccupation touchant l'indépendance administrative qui n'était pas visée par les points précis de la question 3. Afin d'établir le cadre d'analyse, je vais rappeler l'interprétation donnée à l'indépendance administrative dans *Valente*. Notre Cour a donné un sens assez étroit à l'indépendance administrative la définissant, à la p. 712, comme étant «[l]es aspects essentiels de l'indépendance institutionnelle qui peuvent

250

251

was defined (at p. 709) as control by the judiciary over

assignment of judges, sittings of the court, and court lists — as well as the related matters of allocation of court rooms and direction of the administrative staff engaged in carrying out these functions. . . .

These matters “bear directly and immediately on the exercise of the judicial function” (p. 712). Le Dain J. took pains to contrast the scope of s. 11(d) with claims for an increased measure of autonomy for the courts over financial and personnel aspects of administration. Although Le Dain J. may have been sympathetic to judicial control over these aspects of administration, he clearly held that they were not within the ambit of s. 11(d), because they were not essential for judicial independence, at pp. 711-12:

Although the increased measure of administrative autonomy or independence that is being recommended for the courts, or some degree of it, may well be highly desirable, it cannot in my opinion be regarded as essential for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

It is against this background that I analyse these questions.

252

I first address question 3. Question 3(a) asks whether the location of the P.E.I. Provincial Court with respect to the offices, *inter alia*, of Legal Aid, Crown Attorneys and representatives of the Attorney General undermines the administrative independence of the Provincial Court. These entities and departments are part of the executive, from which the judiciary must remain independent, but are located in the same building as the Provincial Court. The concern underlying this question is that this physical proximity may somehow undermine judicial independence. The statement of facts appended to the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, however, shows that these

raisonnablement être perçus comme suffisants pour les fins de l'al. 11d). Le minimum essentiel a été défini (à la p. 709) comme étant le pouvoir par les tribunaux de prendre les décisions relatives aux questions suivantes:

. . . l'assignation des juges aux causes, les séances de la cour, le rôle de la cour, ainsi que les domaines connexes de l'allocation de salles d'audience et de la direction du personnel administratif qui exerce ces fonctions . . .

Ces questions «portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires» (p. 712). Le juge Le Dain s'est appliqué à mettre en contraste la portée de l'al. 11d) et la demande d'une plus grande autonomie pour les tribunaux à l'égard des aspects de leur administration qui concernent les finances et le personnel. Quoique le juge Le Dain ait pu être favorable à la reconnaissance du pouvoir de décision des tribunaux sur ces aspects de leur administration, il a clairement décidé, aux pp. 711 et 712, que ces questions n'étaient pas visées par l'al. 11d), parce qu'elles n'étaient pas essentielles à l'indépendance de la magistrature:

Si la plus grande autonomie ou indépendance administrative qu'il est recommandé d'accorder aux tribunaux, ou une partie de celle-ci, peut se révéler hautement souhaitable, elle ne saurait, à mon avis, être considérée comme essentielle pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Voilà donc la toile de fond sur laquelle je vais analyser ces questions.

Je vais d'abord examiner la question 3. La question 3a) demande si l'emplacement des locaux de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard par rapport à ceux, notamment, de l'Aide juridique, des substituts du procureur général et des représentants du procureur général mine l'indépendance administrative de la Cour provinciale. Ces organismes et services font partie de l'exécutif, pouvoir dont le judiciaire doit demeurer indépendant, mais qui se trouvent néanmoins dans le même immeuble que la Cour provinciale. La crainte sous-jacente à cette question est que cette proximité physique puisse d'une manière ou d'une autre miner l'indépendance de la magistrature. Toutefois, il ressort de l'exposé des faits joint au *Renvoi relatif à l'in-*

fears are unfounded, because the Provincial Court's offices are "separate and apart" from the other offices in the building. I therefore find that the location of the P.E.I. Provincial Court does not violate s. 11(d).

Question 3(b) asks whether it is a violation of s. 11(d) for P.E.I. Provincial Court judges not to administer their own budget. It is clear from *Valente* that while it may be desirable for the judiciary to have control over the various aspects of financial administration, such as "budgetary preparation and presentation and allocation of expenditure" (pp. 709-10), these matters do not fall within the scope of administrative independence, because they do not bear directly and immediately on the exercise of the judicial function. I therefore conclude that it does not violate s. 11(d) for judges of the P.E.I. Provincial Court not to administer their own budget.

Question 3(c) asks whether "the designation of a place of residence of a particular Provincial Court Judge" undermines the administrative independence of the judiciary. Although the question does not refer to specific provisions of the *Provincial Court Act*, it seems that the relevant section is s. 4. Section 4(1)(b) authorizes the Chief Judge to "designate a particular geographical area in respect of which a particular judge shall act". Furthermore, under s. 4(2), "[w]here the residence of a judge has been established for the purpose of servicing a particular geographical area pursuant to clause (1)(b), that residence shall not be changed except with the consent of the judge".

Section 4 is constitutionally sound. Upon the appointment of a judge to the Provincial Court, it is necessary that he or she be assigned to a particular area. Furthermore, the stipulation that the residence of a sitting judge only be changed with that judge's consent is a sufficient protection against executive interference.

dépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard que ces craintes ne sont pas fondées, parce que les bureaux de la Cour provinciale sont aménagés [TRADUCTION] «à l'écart» des autres services occupant le même immeuble. Je conclus donc que l'emplacement de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ne viole pas l'al. 11d).

La question 3b) demande si le fait que les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ne gèrent pas leur propre budget porte atteinte à l'al. 11d). Il ressort clairement de l'arrêt *Valente* que, quoiqu'il soit souhaitable que les divers aspects de l'administration financière relèvent du judiciaire, notamment «la préparation du budget et la présentation et la répartition des dépenses» (pp. 709 et 710), ces questions ne sont pas visées par la notion d'indépendance administrative, puisqu'elles ne portent pas directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires. Je conclus donc que le fait que les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard ne gèrent pas leur propre budget ne viole pas l'al. 11d).

La question 3c) demande si [TRADUCTION] «la désignation d'un lieu de résidence à l'égard de tel ou tel juge de la Cour provinciale» mine l'indépendance administrative de la magistrature. Bien que la question ne fasse pas mention de dispositions précises de la *Provincial Court Act*, il semble que l'article pertinent soit l'art. 4, qui à son al. (1)b) autorise le juge en chef à [TRADUCTION] «désigner la région où un juge donné exerce ses fonctions». En outre, aux termes du par. 4(2), [TRADUCTION] «[l]orsque le lieu de résidence d'un juge a été fixé afin qu'il exerce ses fonctions dans un ressort donné conformément à l'al. (1)b), ce lieu de résidence ne peut être modifié sans le consentement du juge concerné».

L'article 4 est constitutionnellement valide. Quand un juge est nommé à la Cour provinciale, il est nécessaire de l'affecter à un ressort donné. De plus, la disposition selon laquelle le lieu de résidence d'un juge ne peut être fixé à un autre endroit qu'avec le consentement de ce dernier est une protection suffisante contre l'ingérence de l'exécutif.

253

254

255

256

Question 3(d) asks if communications between a judge of the P.E.I. Provincial Court and the executive on issues relating to the administration of justice undermine the administrative independence of the judiciary. I decline to answer this question, because it is too vague — it does not offer sufficient detail on the subject-matter of the communication. However, I do wish to note that the separation of powers, which s. 11(d) protects, does not prevent the different branches of government from communicating with each other. This was acknowledged in the Court of Appeal's judgment in *Valente, supra*, at p. 433, in a passage which was cited with approval by Le Dain J. at p. 709:

The heads of the judiciary have to work closely with the representatives of the Executive unless the judiciary is given full responsibility for judicial administration.

257

Question 3(e) asks whether the vacancy in the position of the Chief Judge undermines the administrative independence of the P.E.I. Provincial Court. The statement of facts does not refer to a vacancy in this position, although it appears that Chief Judge Plamondon resigned on November 2, 1994, in connection with the dispute which led to this litigation. Nor does the statement of facts provide any detail on who was exercising the functions of the Chief Judge after he had resigned. The appellants contend that the Attorney General assumed the duties of the Chief Judge, whereas the respondent states that the duties of the Chief Judge were carried out by Provincial Court judges. In the absence of sufficient information, I decline to answer this question.

258

Question 3(f) asks whether the decision of the Attorney General both to decline to fund and to oppose an application to fund legal counsel for the Chief Judge and judges of the P.E.I. Provincial Court as interveners in the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* violated the administrative independence of the court. It did not. As I stated above, the administrative independence of the judiciary encompasses control over those matters which

La question 3d) demande si les communications entre un juge de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et l'exécutif sur des questions touchant l'administration de la justice mine l'indépendance administrative de la magistrature. Je m'abstiens de répondre à cette question, parce qu'elle est trop vague — elle ne donne pas suffisamment de détails sur le sujet des communications. Toutefois, je tiens à souligner que la séparation des pouvoirs, que protège l'al. 11d), n'empêche pas les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire de communiquer entre eux. Ce fait a été reconnu dans l'arrêt de la Cour d'appel dans *Valente*, précité, à la p. 433, dans un passage qui a par la suite été cité et approuvé par le juge Le Dain, à la p. 709:

[TRADUCTION] Les responsables du pouvoir judiciaire doivent collaborer étroitement avec les représentants de l'exécutif à moins que le pouvoir judiciaire ne se voie conférer l'entière responsabilité de l'administration judiciaire.

La question 3e) demande si le fait que le poste de juge en chef soit vacant mine l'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. L'exposé des faits ne fait pas mention de la vacance de ce poste, quoiqu'il semble que le juge en chef Plamondon ait démissionné le 2 novembre 1994, en raison du conflit qui a conduit au présent litige. L'exposé ne précise pas qui a exercé les fonctions de juge en chef après la démission du juge Plamondon. Les appelants soutiennent que le procureur général a assumé les fonctions du juge en chef, tandis que l'intimée affirme que ces fonctions ont été exercées par les juges de la Cour provinciale. Vu l'absence de renseignements suffisants sur cette question, je m'abstiens d'y répondre.

La question 3f) demande si la décision du procureur général de refuser de financer les services d'un avocat représentant le juge en chef ou les juges en tant qu'intervenants dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* ainsi que sa décision de s'opposer à la demande présentée à cet effet violent l'indépendance administrative de la cour. Je suis d'avis que non. Comme je l'ai dit précédemment, l'indépendance administrative de la

“bear directly and immediately on the exercise of the judicial function”. I do not see how the receipt of legal aid funding for judges to intervene in a court case furthers this purpose.

In contrast to the specific issues raised in question 3, the argument advanced under question 5 is much more substantive. The appellants allege that s. 17 of the *Provincial Court Act* authorizes serious intrusions into the administrative independence of the P.E.I. Provincial Court. I set out that provision in full:

17. The Lieutenant Governor in Council may make regulations for the better carrying out of the intent and purpose of this Act, and without limiting the generality thereof, may make regulations

- (a) respecting inquiries and the form and content of reports under section 10;
- (b) respecting the duties and powers of the Chief Judge;
- (c) respecting rules of court governing the operation and conduct of a court presided over by a judge or by a justice of the peace; and
- (d) respecting the qualifications, duties, responsibilities and jurisdiction of justices of the peace.

The appellants attack s. 17(b), (c), and (d). The first thing to note is that s. 17(d) is irrelevant to this appeal, because the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* is confined to the independence of judges of the P.E.I. Provincial Court, and does not touch on justices of the peace. However, that aside, paras. 17(b) and (c) of s. 17 do appear to give broad regulatory power to the executive with respect to matters that might fall within the ambit of administrative independence.

However, s. 17 has to be read subject to s. 4(1), which confers broad administrative powers on the Chief Judge:

4. (1) The Chief Judge has the power and duty to administer the provincial court, including the power and duty to

magistrature emporte le pouvoir pour les tribunaux de décider des aspects qui «portent directement et immédiatement sur l'exercice des fonctions judiciaires». Je ne vois pas en quoi le financement, sur les fonds de l'Aide juridique, de l'intervention des juges dans un litige favorise cet objectif.

Par contraste avec les questions précises soulevées à la question 3, l'argument avancé relativement à la question 5 est beaucoup plus solide. Les appelants affirment que l'art. 17 de la *Provincial Court Act* permet des atteintes graves à l'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard. Voici le texte intégral de cette disposition:

[TRADUCTION] 17. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toute mesure d'application de la présente loi, notamment en ce qui concerne:

- a) les enquêtes prévues à l'article 10, ainsi que la forme et le contenu des rapports en découlant;
- b) les attributions du juge en chef;
- c) les règles de pratique régissant le fonctionnement de la cour présidée par un juge ou un juge de paix et la conduite de ses audiences;
- d) les qualités requises des juges de paix, leurs fonctions et leur juridiction.

Les appelants contestent la validité des al. 17b), c) et d). Il convient d'abord de souligner que l'al. 17d) n'est pas pertinent en l'espèce, étant donné que le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* ne concerne que l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et non les juges de paix. Toutefois, cela dit, les al. 17b) et c) semblent effectivement conférer à l'exécutif un vaste pouvoir de réglementation sur des questions susceptibles de relever de l'indépendance administrative.

Toutefois, l'art. 17 doit être lu en corrélation avec le par. 4(1), qui accorde de larges pouvoirs administratifs au juge en chef:

[TRADUCTION] 4. (1) Le juge en chef est chargé de l'administration de la Cour provinciale. Il peut notamment:

- (a) designate a particular case or other matter or class of cases or matters in respect of which a particular judge shall act;
- (b) designate a particular geographical area in respect of which a particular judge shall act;
- (c) designate which court facilities shall be used by particular judges;
- (d) assign duties to judges.

The matters over which the Chief Judge is given power by s. 4(1) are almost identical to the list of matters which Le Dain J. held, in *Valente*, to constitute administrative independence: the assignment of judges, sittings of the court and court lists, the allocation of courtrooms, and the direction of administrative staff carrying out these functions. Section 4(1) therefore vests with the P.E.I. Provincial Court, in the person of the Chief Judge, control over decisions which touch on its administrative independence. In light of the broad provisions of s. 4(1), I see no problem with s. 17.

261

I hasten to add that by regarding the powers of the Chief Judge under s. 4(1) as a guarantee of the collective or institutional administrative independence of the P.E.I. Provincial Court as a whole, I do not suggest that the Chief Judge can in all circumstances make administrative decisions for the entire court. For reasons that I develop below, there are limits to the Chief Judge's ability to make such decisions on behalf of his or her colleagues.

B. Alberta

(1) Security of Tenure

262

The trial judge found two sets of provisions of the *Provincial Court Judges Act* to violate s. 11(d) for failing to adequately protect security of tenure. He held that the presence of non-judges on the Judicial Council, the body with the power to receive and investigate complaints against members of the Alberta Provincial Court, violated s. 11(d) because *Valente* had held that judges could

- a) assigner une affaire, une question ou une catégorie d'affaires ou de questions à un juge donné;
- b) désigner la région où un juge donné exerce ses fonctions;
- c) désigner les locaux de la cour qui doivent être utilisés par un juge donné;
- d) assigner certaines tâches aux juges.

Les questions qui relèvent du juge en chef aux termes du par. 4(1) sont pratiquement identiques à celles qui ont été déclarées par le juge Le Dain, dans *Valente*, comme étant les éléments constitutifs de l'indépendance administrative: l'assignation des causes aux juges, la désignation des jours de séance de la cour, l'établissement du rôle de la cour, l'attribution des salles d'audience et la direction du personnel administratif affecté à ces tâches. Le paragraphe 4(1) confère donc à la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, dans la personne de son juge en chef, le pouvoir de prendre les décisions concernant son indépendance administrative. Vu les dispositions générales du par. 4(1), le par. 17(1) ne pose selon moi aucun problème.

Je m'empresse d'ajouter que, en considérant les pouvoirs conférés au juge en chef par le par. 4(1) comme une garantie de l'indépendance collective ou institutionnelle de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard dans son ensemble, je n'affirme pas que le juge en chef peut, en toutes circonstances, prendre des décisions administratives pour la cour en entier. Pour les motifs que je vais exposer plus loin, le pouvoir du juge en chef de prendre de telles décisions au nom de ses collègues est assujéti à certaines limites.

B. Alberta

(1) L'inamovibilité

Le juge du procès a conclu que deux groupes de dispositions de la *Provincial Court Judges Act* violaient l'al. 11d), du fait que ces dispositions ne protégeaient pas adéquatement l'inamovibilité. Il a statué que le fait que des personnes n'étant pas juges fassent partie du Judicial Council, organisme chargé d'examiner les plaintes portées contre les juges de la Cour provinciale de l'Alberta, violait

only be removed after a “judicial inquiry”. As a result, he declared ss. 11(1)(c) and 11(2) of the Act, which empower the Council to investigate complaints, make recommendations to the Minister of Justice and Attorney General, and refer complaints to the Chief Judge of the Court or a committee of the Judicial Council for inquiry and report, to be of no force or effect. As well, he held that use of “lack of competence” and “conduct” as grounds of removal in s. 11(1)(b) of the Act also violated s. 11(d) of the *Charter*, because those grounds were unconstitutionally broad, and declared that provision to be of no force or effect.

The parties made submissions on both of these sets of provisions before this Court. However, we need not consider the merits of their arguments, because the constitutionality of those provisions was not properly before the trial judge. The respondents did not raise the constitutionality of these provisions at trial. Rather, as the trial judge conceded, they only sought remedies against provisions in the *Provincial Court Judges Act* governing the removal of supernumerary judges. Nevertheless, without the benefit of submissions, and without giving the required notice to the Attorney General for Alberta under s. 25 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, the trial judge held (at p. 160) that he was

at liberty to decide generally (and not limited to supernumerary judges) whether the statutory removal procedure fails to satisfy the security of tenure condition which is guaranteed by s. 11(d).

With respect, I cannot agree. It was not appropriate for the trial judge to proceed on his own motion to consider the constitutionality of these provisions, let alone make declarations of invalidity. As I will indicate at the conclusion of this judgment, this part of his reasons cannot stand.

l'al. 11d), puisqu'il a été décidé dans *Valente* que les juges ne pouvaient être révoqués qu'à la suite d'une «enquête judiciaire». En conséquence, il a déclaré inopérants l'al. 11(1)c) et le par. 11(2) de la Loi, dispositions qui habilite le Judicial Council à faire enquête sur les plaintes, à présenter des recommandations au ministre de la Justice et procureur général, et à renvoyer les plaintes au juge en chef de la Cour ou à un comité du Judicial Council pour examen et rapport. De même, il a jugé que la mention, à l'al. 11(1)b) de la Loi, de [TRADUCTION] «l'incompétence» d'un juge et de sa «conduite», parmi les motifs de révocation, violait également l'al. 11d) de la *Charte*, étant donné que ces motifs avaient une portée excessive et étaient, de ce fait, inconstitutionnels. Il a aussi déclaré cette disposition inopérante.

Les parties ont présenté à notre Cour des arguments à l'égard de ces deux groupes de dispositions. Toutefois, nous n'avons pas à examiner ces arguments au fond, puisque le juge du procès n'a pas été saisi régulièrement de la constitutionnalité de ces dispositions. En effet, les intimés n'ont pas soulevé la constitutionnalité de ces dispositions au procès. Ils se sont plutôt contentés, comme l'a reconnu le juge du procès, de solliciter une réparation à l'égard des dispositions de la *Provincial Court Judges Act* régissant la révocation des juges surnuméraires. Néanmoins, sans qu'aucun argument ne lui ait été présenté et sans avoir donné au procureur général de l'Alberta l'avis requis par l'art. 25 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, le juge du procès a conclu (à la p. 160) qu'il lui était

[TRADUCTION] loisible de décider de façon générale (pas seulement dans le cas des juges surnuméraires) si la procédure établie par la Loi était incompatible avec la garantie d'inamovibilité prévue à l'al. 11d).

En toute déférence, je ne peux souscrire à cette conclusion. Il ne convenait pas que le juge du procès décide, de sa propre initiative, d'examiner la constitutionnalité de ces dispositions, encore moins qu'il les déclare inopérantes. Comme je vais l'indiquer à la fin du présent jugement, cette partie de ses motifs ne saurait être confirmée.

263

264

(2) Administrative Independence

265

However, I do agree with the trial judge's holdings that ss. 13(1)(a) and 13(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act* are unconstitutional. Both of these provisions confer powers on the Attorney General and Minister of Justice (or a person authorized by him or her) to make decisions which infringe upon the administrative independence of the Alberta Provincial Court.

266

Section 13(1)(a) confers the power to "designate the place at which a judge shall have his residence". Counsel for the appellant rightly points out that it is reasonable (although not necessary) to vest responsibility for designating the residence of judges with the executive, because that decision concerns the proper allocation of court resources. However, my concern is that, as it is presently worded, s. 13(1)(a) creates the reasonable apprehension that it could be used to punish judges whose decisions do not favour the government, or alternatively, to favour judges whose decisions benefit the government. Section 13(1)(a)'s constitutional defect lies in the fact that it is not limited to the initial appointment of judges. The appellant tried to demonstrate that s. 13(1)(a), when properly interpreted, was so confined. However, the words of the provision are not qualified in the manner in which the appellant suggests. Section 13(1)(a) authorizes the Minister of Justice and the Attorney General to designate a judge's place of residence at any time, including his initial appointment or afterward. It therefore violates s. 11(d) of the *Charter*.

267

Section 13(1)(b) is also unconstitutional. It confers the power to "designate the day or days on which the Court shall hold sittings". This provision violates s. 11(d) because it flies in the face of explicit language in *Valente, supra*, at p. 709, which held that the administrative independence of the judiciary, encompasses, *inter alia*, "sittings of the court".

(2) L'indépendance administrative

Toutefois, je suis effectivement d'accord avec la conclusion du juge du procès relativement à l'inconstitutionnalité des al. 13(1)a) et b) de la *Provincial Court Judges Act*. Ces deux dispositions confèrent au procureur général et ministre de la Justice (ou à une personne autorisée par le titulaire de ces charges) le pouvoir de prendre des décisions qui portent atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale de l'Alberta.

L'alinéa 13(1)a) accorde le pouvoir de [TRADUCTION] «désigner l'endroit où doivent résider les juges». L'avocat de l'appelante a souligné à juste titre qu'il est raisonnable (quoique non nécessaire) d'investir l'exécutif du pouvoir de désigner le lieu de résidence des juges, puisque cette décision concerne l'affectation judiciaire des ressources de la cour. Toutefois, ce qui me préoccupe c'est que, suivant son libellé actuel, cet alinéa fait naître une crainte raisonnable qu'il puisse être utilisé pour punir les juges dont les décisions ne favorisent pas le gouvernement ou, inversement, à récompenser les juges dont les décisions sont favorables au gouvernement. La lacune de l'al. 13(1)a) sur le plan constitutionnel réside dans le fait qu'il ne s'applique pas uniquement à la nomination initiale des juges. L'appelante a tenté de démontrer que, suivant l'interprétation qui doit être donnée de cet alinéa, celui-ci a effectivement cette portée limitée. Toutefois, le texte de cette disposition n'a pas la portée restreinte que l'appelante lui attribue. L'alinéa 13(1)a) autorise le procureur général et ministre de la Justice à désigner le lieu de résidence des juges en tout temps, tant au moment de sa nomination initiale que par la suite. Il viole donc l'al. 11d) de la *Charte*.

L'alinéa 13(1)b) est lui aussi inconstitutionnel. Il confère le pouvoir de [TRADUCTION] «désigner les jours de séance de la cour». Cette disposition viole l'al. 11d), parce qu'elle va carrément à l'encontre du langage explicite utilisé dans *Valente*, précité, à la p. 709, selon lequel la notion d'indépendance administrative de la magistrature s'entend notamment du pouvoir de fixer les «séances de la cour».

I do, however, wish to make one further comment in respect of this issue. The strongest argument made by the appellant in favour of the constitutionality of s. 13(1)(b) is that giving the executive control over sitting days enables the executive to give specific dates to defendants for their first appearance in criminal proceedings. The implication of this argument is that judicial control of the dates of court sittings would preclude the establishment of a system to inform defendants when they must first appear. This argument, however, is incorrect, because it ignores the fact that the courts can and should coordinate their sitting days with the relevant government authorities.

C. Manitoba: The Closing of the Provincial Court

One of the issues raised at trial in the Manitoba case, and pursued on appeal, is whether the Government of Manitoba infringed the administrative independence of the Manitoba Provincial Court by effectively shutting down those courts on a number of days known as “Filmon Fridays”. The trial judge made a specific finding of fact that control over sitting days had remained with the judiciary, largely because the Chief Judge had been consulted on the withdrawal of court staff, and because the government had assured the Chief Judge that had she decided that the Provincial Court would remain open on those days, adequate staff would have been provided.

However, a careful perusal of the record has led me to conclude that Scollin J. made an overriding and palpable error in making this factual finding. The record shows that the government effectively shut down the Manitoba Provincial Court by ordering the withdrawal of court staff several days before the Chief Judge announced the closing of the Manitoba Provincial Court. As well, the government also shut down the courts by rescheduling trials involving accused persons who had already been remanded by the court. These acts constituted

Je tiens cependant à faire une autre observation sur ce point. L’argument le plus solide avancé par l’appelante en faveur de la constitutionnalité de l’al. 13(1)(b) est que le fait d’attribuer à l’exécutif le pouvoir de fixer les jours de séance lui permet de donner aux défendeurs une date précise pour leur comparution initiale dans le cadre de procédures pénales. Ce que cet argument implique c’est que l’attribution à la magistrature de ce pouvoir de fixation des dates des séances des tribunaux empêcherait l’établissement d’un système permettant d’informer les défendeurs de la date de leur première comparution. Toutefois, cet argument est mal fondé, parce qu’il ne tient pas compte du fait que les cours peuvent et devraient coordonner leurs jours de séance avec les autorités gouvernementales compétentes.

C. Manitoba: la fermeture de la Cour provinciale

L’une des questions soulevées au procès dans l’action intentée au Manitoba, et qui a été reprise en appel, est de savoir si le gouvernement du Manitoba a porté atteinte à l’indépendance administrative de la Cour provinciale du Manitoba en fermant effectivement cette cour pendant un certain nombre de jours, qu’on a appelés les «vendredis de Filmon». Le juge de première instance a expressément tiré la conclusion de fait que la magistrature avait conservé le pouvoir de fixer les jours de séance, en grande partie pour le motif que le juge en chef avait été consulté relativement au retrait du personnel de la Cour, et parce que, si le juge en chef avait décidé de garder la Cour ouverte ces jours-là, le gouvernement lui avait donné l’assurance que le personnel suffisant serait mis à la disposition de la cour.

Toutefois, après avoir fait un examen minutieux du dossier, je conclus que le juge Scollin a fait une erreur manifeste et dominante en tirant cette conclusion de fait. Il ressort du dossier que le gouvernement a effectivement fermé la Cour provinciale du Manitoba en ordonnant le retrait du personnel plusieurs jours avant que le juge en chef n’annonce la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba. En outre, le gouvernement a également fermé les tribunaux en reportant la tenue de procès dont la date avait déjà été fixée. Ces actes constituaient

268

269

270

a violation of the administrative independence of the Manitoba Provincial Court. Moreover, even if Scollin J. were correct in finding that the Chief Judge had retained control throughout, I would nevertheless find that there had been a violation of s. 11(d), because it was not within her constitutional authority unilaterally to shut down the Manitoba Provincial Court.

271 The chronology of events illustrates how it was the executive, not the judiciary, that shut down the Manitoba Provincial Court. Bill 22 was enacted on July 27, 1993. Section 4 of the Bill conferred the power on public sector employers, including the province of Manitoba, to require employees to take days of leave without pay. It appears that the government used s. 4 to order its employees to take 10 unpaid days of leave in 1993, and on these days, the Provincial Court of Manitoba, with the exception of one adult custody docket court and one youth custody docket court, was closed down.

272 However, the events which concern me here transpired in the spring of 1994. On March 1, 1994, letters were sent from the Manitoba Civil Service Commission to the Crown Attorneys of Manitoba Association, the Legal Aid Lawyers' Association, and the Manitoba Government Employees' Union. These letters gave these groups notice that they would be required to take 10 unpaid days of leave, pursuant to Bill 22. The dates for the unpaid days of leave were announced by the Assistant Deputy Minister, Marvin Bruce, on March 24, 1994:

2. Office closures will be on 7 Fridays in the summer months commencing July 8, 1994 to and including August 19, 1994 and 3 days during Christmas time, that is, December 28, 29 and 30th, 1994.

Almost two weeks passed before a memorandum was sent from Chief Judge Webster to all members of the Manitoba Provincial Court on April 6, 1994. Her memorandum states in full:

une violation de l'indépendance administrative de la Cour provinciale du Manitoba. De plus, même si le juge Scollin avait eu raison de conclure que le juge en chef n'avait jamais perdu le pouvoir sur les jours de séance, je statuerais néanmoins qu'il y a eu violation de l'al. 11d), car le juge en chef n'était pas habilité par la Constitution à fermer unilatéralement la Cour provinciale du Manitoba.

La chronologie des événements permet de comprendre en quoi c'est l'exécutif, et non le judiciaire, qui a fermé la Cour provinciale du Manitoba. La loi 22 a été édictée le 27 juillet 1993. L'article 4 de cette loi conférait aux employeurs du secteur public, y compris à la province du Manitoba, le pouvoir d'obliger leurs employés à prendre des jours de congé sans solde. Il semble que le gouvernement ait utilisé cette disposition pour forcer ses employés à prendre 10 jours de congé sans solde en 1993, et que ces jours-là, la Cour provinciale du Manitoba a été fermée, à l'exception du rôle des mises en détention d'adultes et du rôle des mises sous garde d'adolescents.

Toutefois, les événements qui m'intéressent se sont produits au printemps de 1994. Le 1^{er} mars 1994, la Commission de la fonction publique du Manitoba a envoyé des lettres à l'association des procureurs de la Couronne du Manitoba, à l'association des avocats de l'Aide juridique et au syndicat des fonctionnaires du gouvernement du Manitoba. Ces lettres avisait ces groupes que leurs membres seraient tenus par la loi 22 de prendre 10 jours de congé sans solde. Les dates de ces jours de congé ont été annoncées par le sous-ministre adjoint, Marvin Bruce, le 24 mars 1994:

[TRADUCTION]

2. Les bureaux seront fermés 7 vendredis durant les mois d'été, à compter du 8 juillet 1994 jusqu'au 19 août 1994 inclusivement, et pendant 3 jours durant la période de Noël, soit les 28, 29 et 30 décembre 1994.

Presque deux semaines se sont écoulées avant que, le 6 avril 1994, le juge en chef Webster n'expédie à tous les membres de la Cour provinciale du Manitoba une note de service ainsi libellée:

Further to my memo of March 24th, the following 10 days have been designated as reduced work week days:

July 8, 15, 22, 29; August 5, 12, 19; December 28, 29, 30.

During the 10 days on which the government offices are closed ALL PROVINCIAL COURTS will be closed with the exception of the two custody courts:

-One at 408 York

-One at the Manitoba Youth Centre.

(Signature)

The days on which the Provincial Court was closed were identical to the days on which the Manitoba government required its employees to take unpaid days of leave.

These facts clearly demonstrate that the decision to withdraw court staff was taken almost two weeks before the Chief Judge ordered the closure of the Manitoba Provincial Court. As well, the court was closed on the same days as the unpaid days of leave for court staff. Moreover, it is the uncontroverted evidence of Judge Linda Giesbrecht, which was presented at trial, that the Manitoba Provincial Court could not function "without the assistance and presence of Courts' staff including Court clerks, Crown Attorneys, Legal Aid lawyers and Sheriff's officers and other administrative personnel". The only conclusion I can draw is that the government, through its decision of March 24, 1994, effectively forced Chief Judge Webster to close the Manitoba Provincial Court by her decision of April 6, 1994.

I reject the argument that the government would have provided the necessary staff to keep the Manitoba Provincial Court open if the Chief Judge had so requested. Although it had apparently made this offer in conversations with the Chief Judge before the closure was announced, the letter from Marvin Bruce announcing the dates of closure makes no reference to the possibility of staff being required on days designated as unpaid days of leave. More-

[TRADUCTION] Suite à ma note de service du 24 mars, les 10 jours suivants ont été désignés jours de semaine de travail comprimée:

les 8, 15, 22 et 29 juillet; les 5, 12 et 19 août; les 28, 29 et 30 décembre.

Durant les dix jours où les bureaux du gouvernement seront fermés, TOUTES LES COURS PROVINCIALES seront fermées sauf les deux cours siégeant en matière de mise en détention:

-l'une au 408 York;

-l'autre au Centre manitobain de la jeunesse.

(Signature)

Les jours de fermeture de la Cour provinciale étaient les mêmes que ceux où le gouvernement du Manitoba obligeait ses employés à prendre des jours de congé sans solde.

Ces faits démontrent clairement que la décision de retirer le personnel de la cour a été prise presque deux semaines avant que le juge en chef n'ordonne la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba. En outre, la cour a été fermée les mêmes jours où le personnel a pris des congés sans solde. De plus, il ressort du témoignage non contredit du juge Linda Giesbrecht, présenté au procès, que la Cour provinciale du Manitoba ne pouvait pas fonctionner [TRADUCTION] «sans l'assistance et la présence des fonctionnaires de la cour, y compris ses greffiers, des substituts du procureur général, des avocats de l'Aide juridique et des fonctionnaires du service du shérif, ainsi que d'autres membres du personnel administratif». La seule conclusion que je peux tirer est que le gouvernement, en prenant sa décision du 24 mars 1994, a effectivement forcé le juge en chef Webster à fermer, par sa décision du 6 avril 1994, la Cour provinciale du Manitoba.

273

Je rejette l'argument que le gouvernement aurait fourni le personnel nécessaire pour garder la Cour provinciale du Manitoba ouverte si le juge en chef l'avait demandé. Quoique les représentants du gouvernement aient apparemment fait une telle offre au cours de conversations avec le juge en chef avant l'annonce de la fermeture, il n'est fait aucune mention, dans la lettre de Marvin Bruce annonçant les dates de fermeture, de la possibilité

274

over, this conclusion is strengthened by the fact that Crown attorneys rescheduled trials that were set to be held on "Filmon Fridays" before Chief Judge Webster announced the closure of the Manitoba Provincial Court. In particular, the record indicates that on March 22, 1994, a trial scheduled for Friday, July 8, 1994, was moved to September 28, 1994, on the motion of a Crown attorney.

que la présence d'employés pourrait être requise les jours désignés comme jours de congé sans solde. De plus, cette conclusion est étayée par le fait que les substituts du procureur général ont reporté des procès qui devaient avoir lieu les «vendredis de Filmon» avant que le juge en chef Webster ait annoncé la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba. En particulier, le dossier indique que, le 22 mars 1994, un procès prévu pour le vendredi 8 juillet 1994 a été reporté au 28 septembre 1994, sur requête d'un substitut du procureur général.

275

Even if the trial judge had been right to conclude that the Chief Judge retained control over the decision to close the Manitoba Provincial Court throughout, there would nevertheless have been a violation of s. 11(d), because the Chief Judge would have exceeded her constitutional authority when she made that decision. As this Court held in *Valente*, control over the sittings of the court falls within the administrative independence of the judiciary. And as I indicated above, administrative independence is a characteristic of judicial independence which normally has a collective or institutional dimension. It attaches to the court as a whole. Although certain decisions may be exercised on behalf of the judiciary by the Chief Judge, it is important to remember that the Chief Judge is no more than "*primus inter pares*": *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, at para. 59. Important decisions regarding administrative independence cannot be made by the Chief Judge alone. In my opinion, the decision to close the Manitoba Provincial Court is precisely this kind of decision.

Même si le juge de première instance avait eu raison de conclure que le juge en chef n'avait jamais cessé d'avoir le pouvoir de décider de fermer la Cour provinciale du Manitoba, il y aurait quand même eu violation de l'al. 11d), car le juge en chef aurait outrepassé le pouvoir que lui accorde la Constitution en prenant cette décision. Comme notre Cour l'a déclaré dans *Valente*, le pouvoir relatif aux séances de la cour relève de l'indépendance administrative de la magistrature. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'indépendance administrative est une caractéristique de l'indépendance de la magistrature qui a généralement une dimension collective ou institutionnelle et qui s'attache à la cour dans son ensemble. Bien que certaines décisions puissent être prises pour le compte des autres juges par le juge en chef, il importe de ne pas oublier que ce dernier est tout au plus «*primus inter pares*»: *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, au par. 59. Le juge en chef ne peut pas prendre seul les décisions administratives importantes ayant une incidence sur l'indépendance administrative. À mon avis, la décision de fermer la Cour provinciale du Manitoba était précisément une décision de ce genre.

276

In conclusion, the closure of the Manitoba Provincial Court on "Filmon Fridays" violated s. 11(d) of the *Charter*. Since s. 4 of Bill 22 authorized the withdrawal of court staff on "Filmon Fridays", and hence enabled the government to close the Manitoba Provincial Court on those days, that provision is therefore unconstitutional. It is worth emphasizing that s. 4 cannot be read down in such a precise way so as not to authorize con-

En conclusion, la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba les «vendredis de Filmon» a violé l'al. 11d) de la *Charte*. Comme l'art. 4 de la loi 22 autorisait le retrait du personnel de la cour les vendredis en question et permettait donc au gouvernement de fermer la Cour provinciale du Manitoba ces jours là, cette disposition est par conséquent inconstitutionnelle. Il convient de souligner qu'il n'est pas possible de donner à l'art. 4

duct which violates the *Charter*. Although reading down the impugned legislation to the extent strictly necessary would be the normal solution in a case like this (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038), this is very difficult in relation to violations of s. 11(d) because, unlike other *Charter* provisions, it requires that judicial independence be secured by "objective conditions or guarantees" (*Valente, supra*, at p. 685). Objective guarantees are the means by which the reasonable perception of independence is secured and, hence, any legislative provision which does not contain those objective guarantees is unconstitutional. In effect, then, to read down the legislation to its proper scope would amount to reading in those objective conditions and guarantees. This would result in a fundamental rewriting of the legislation. On the other hand, if the Court were to strike down the legislation in its entirety, the effect would be to prevent its application to all those employees of the Government of Manitoba who were required to take leave without pay. In the circumstances, the best solution would be to read down the legislation so that it would simply not apply to government workers employed in the Manitoba Provincial Court. In other words, the provision should be read as exempting provincial court staff from it. This is the remedy that best upholds the *Charter* values involved and will occasion the lesser intrusion on the role of the legislature. See *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 105. Accordingly, s. 4 should be read as follows:

4(1) Notwithstanding any Act, regulation, collective agreement, employment contract or arrangement, arbitral or other award or decision or any other agreement or arrangement of any kind, an employer may, subject to subsection (2) and the other provisions of this Part, require employees of the employer, except employees of

une interprétation atténuée si précise qu'elle interdirait toute conduite violant la *Charte*. Quoique le fait de donner au texte de loi contesté une interprétation atténuée, mais uniquement dans la mesure strictement nécessaire, serait la solution normale dans une affaire comme celle qui nous occupe (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038), elle est très difficile à appliquer dans le cas des violations de l'al. 11d) car, contrairement aux autres dispositions de la *Charte*, cet alinéa exige que l'indépendance de la magistrature soit assurée par des «conditions ou garanties objectives» (*Valente, précité*, à la p. 685). Ces garanties objectives sont le moyen d'établir une perception raisonnable d'indépendance, et, par conséquent, toute disposition législative qui ne comporte pas ces garanties objectives est inconstitutionnelle. Concrètement, donc, le fait d'interpréter de façon atténuée le texte de loi pour lui donner son champ d'application approprié reviendrait à considérer qu'il comporte ces conditions et garanties objectives, ce qui résulterait en une réécriture fondamentale du texte en question. En revanche, si la Cour invalidait le texte de loi en entier, cela aurait pour effet d'empêcher l'application de celui-ci à tous les employés du gouvernement du Manitoba qui étaient tenus de prendre des jours de congé sans solde. Dans les circonstances, la meilleure solution est de donner au texte de loi une interprétation atténuée, simplement de façon qu'il ne s'applique pas aux employés du gouvernement du Manitoba qui travaillent à la Cour provinciale de cette province. En d'autres mots, la disposition en litige devrait être interprétée de manière à exempter le personnel de la Cour provinciale de son application. Il s'agit de la réparation qui permet le mieux de respecter les valeurs en cause de la *Charte* et qui entraîne la moins grande intrusion dans le rôle de la législature. Voir *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 105. En conséquence, l'art. 4 devrait se lire ainsi:

4(1) Malgré toute autre loi, tous règlements, conventions collectives, contrats ou ententes de travail, décisions ou sentences, y compris les sentences arbitrales, ou toutes autres conventions ou ententes, l'employeur peut, sous réserve du paragraphe (2) et des autres dispositions de la présente partie, exiger de ses salariés, sauf

the Provincial Court, to take days or portions of days as leave without pay at any point within a 12-month period authorized in subsection (2), provided that the combined total of days and portions of days required to be taken does not exceed 15 days in the 12-month period for any one employee.

VI. Section 1

277 I must now consider whether any of the violations of s. 11(d) can be justified under s. 1 of the *Charter*.

A. *Prince Edward Island*

278 The respondent, the Attorney General of P.E.I., has offered no submissions on the absence of an independent, effective, and objective process to determine judicial salaries. For this reason, I conclude that there are inadequate submissions upon which to base a s. 1 analysis. Since the onus is on the Crown to justify the infringement of *Charter* rights, the violation of s. 11(d) is not justified under s. 1.

B. *Alberta*

279 The appellant Attorney General for Alberta has made no submissions on s. 1. Since the onus rests with the Crown under s. 1, I must conclude that the violations of s. 11(d) are not justified.

C. *Manitoba*

280 The respondent Attorney General of Manitoba has offered brief submissions attempting to justify the infringements of s. 11(d) by Bill 22 under s. 1. However, the respondent has offered no justification whatsoever either for the circumvention of the independent, effective, and objective process for recommending judicial salaries that centres on the JCC before imposing the salary reduction on members of the Manitoba Provincial Court, or for the attempt to engage in salary negotiations with the Provincial Judges Association. Instead, its submissions focussed on the closure of the courts. I there-

les employés de la Cour provinciale, qu'ils prennent, à titre de congé sans solde, des jours ou des parties de jours à tout moment au cours d'une période de 12 mois autorisée par le paragraphe (2), pourvu que le total combiné des jours et des parties de jours qui doivent être pris n'excède pas 15 jours par salarié au cours de la période de 12 mois.

VI. L'article premier

Je dois maintenant déterminer si l'une ou l'autre des violations de l'al. 11d) peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

A. *Île-du-Prince-Édouard*

Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard intimé n'a pas présenté d'arguments concernant l'absence d'un processus indépendant, efficace et objectif de détermination des traitements des juges. Pour cette raison, je conclus que l'argumentation est insuffisante pour faire une analyse fondée sur l'article premier. Étant donné qu'il incombe au ministère public de justifier l'atteinte aux droits garantis par la *Charte*, la violation de l'al. 11d) n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

B. *Alberta*

Le procureur général de l'Alberta appelant n'a pas présenté d'argumentation fondée sur l'article premier. Comme l'obligation de justification en vertu de cet article appartient au ministère public, je dois conclure que les violations de l'al. 11d) ne sont pas justifiées.

C. *Manitoba*

Le procureur général du Manitoba intimé a présenté de brefs arguments tendant à justifier, en vertu de l'article premier, les atteintes portées par la loi 22 à l'al. 11d). Toutefois, l'intimé n'a fait valoir aucune justification que ce soit pour expliquer le fait qu'on ait contourné le processus indépendant, efficace et objectif qui a été établi pour faire des recommandations concernant les traitements des juges — dont la composante principale est le CRJ — avant d'imposer la réduction des traitements des membres de la Cour provinciale du Manitoba, ou pour expliquer la tentative d'entamer

fore have no choice but to conclude that the effective suspension of the operation of the JCC, and the attempted salary negotiations, are not justified under s. 1. Moreover, since the attempted negotiations were not authorized by a legal rule, be it a statute, a regulation, or a rule of the common law (*R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, at pp. 650-51), they are incapable of being justified under s. 1 because they are not prescribed by law.

The respondent attempted to justify the closure of the Manitoba Provincial Court as a measure designed to reduce the provincial deficit. Thus, it has chosen to characterize this decision as a financial measure. However, this begs the prior question of whether measures whose sole purpose is budgetary can justifiably infringe *Charter* rights. This Court has already answered this question in the negative, because it has held on previous occasions that budgetary considerations do not count as a pressing and substantial objective for s. 1. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218, Wilson J. speaking for the three members of the Court who addressed the *Charter* (including myself), doubted that “utilitarian consideration[s] . . . [could] constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*” (emphasis added). The reason behind Wilson J.’s scepticism was that “the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so”. I agree.

I expressed the same view in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, where I spoke for the Court on this point. In *Schachter*, I clarified that while financial considerations could not be used to justify the infringement of *Charter* rights, they could and should play a role in fashioning an appropriate remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As I said at p. 709:

des négociations sur les traitements avec la Provincial Judges Association. Ses arguments ont porté principalement sur la fermeture des tribunaux. Je n’ai donc d’autre choix que de conclure que la suspension concrète du fonctionnement du CRJ et la tentative de tenir des négociations sur les traitements ne sont pas justifiées en vertu de l’article premier. De plus, comme cette tentative n’était pas autorisée par une règle de droit — loi, règlement ou règle de common law (*R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, aux pp. 650 et 651) —, elle ne peut être justifiée en vertu de l’article premier.

L’intimé a tenté de justifier la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba comme étant une mesure visant à réduire le déficit provincial. Il a donc choisi de caractériser cette décision de mesure financière. Ce faisant, toutefois, il élude la question préliminaire de savoir si des mesures dont le seul objectif est d’ordre budgétaire peuvent être des atteintes justifiées à des droits garantis par la *Charte*. Notre Cour a déjà répondu par la négative à cette question, puisqu’elle a, à différentes occasions, statué que des considérations budgétaires ne constituent pas un objectif urgent et réel pour l’application de l’article premier. Dans *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218, le juge Wilson, s’exprimant pour les trois membres de la Cour qui ont examiné la *Charte* (dont moi-même), a dit douter que des «considération[s] utilitaire[s] [. . .] puisse[nt] justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*» (je souligne). La raison du scepticisme du juge Wilson était que «[l]es garanties de la *Charte* seraient [. . .] illusoire[s] s’il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative». Je partage son avis.

J’ai exprimé le même avis dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, où je parlais au nom de la Cour sur ce point. Dans cet arrêt, j’ai précisé que, même si des considérations financières ne pouvaient être invoquées pour justifier la violation de droits garantis par la *Charte*, elles pouvaient et devaient jouer un rôle dans la détermination de la réparation convenable en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l’ai dit, à la p. 709:

281

282

This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder. [Emphasis added.]

Notre Cour a statué à juste titre que les considérations financières ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment pertinentes lorsque l'on a établi l'existence d'une violation qui ne peut être sauvegardée par l'article premier, que l'application de l'art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre. [Je souligne.]

283

While purely financial considerations are not sufficient to justify the infringement of *Charter* rights, they are relevant to determining the standard of deference for the test of minimal impairment when reviewing legislation which is enacted for a purpose which is not financial. Thus, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994, the Court stated that "the distribution of scarce government resources" was a reason to relax the strict approach to minimal impairment taken in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; the impugned legislation was aimed at the protection of children. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, where the issue was the constitutionality of a provision in provincial human rights legislation, La Forest J. stated at p. 288 that "the proper distribution of scarce resources must be weighed in a s. 1 analysis". Finally, in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, where a scheme for pension benefits was under attack, Sopinka J. stated at para. 104 that

Quoique des considérations purement financières soient insuffisantes pour justifier la transgression de droits garantis par la *Charte*, elles sont pertinentes pour déterminer la norme de retenue à respecter dans l'application du critère de l'atteinte minimale, dans le cadre de l'examen d'un texte de loi édicté pour des fins autres que financières. Ainsi, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994, notre Cour a dit que «la répartition de ressources gouvernementales limitées» était un motif justifiant d'assouplir l'application stricte du critère relatif à l'atteinte minimale énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; la loi attaquée visait à protéger les enfants. Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où la question en litige était la constitutionnalité d'une disposition d'une loi provinciale sur les droits de la personne, le juge La Forest a dit, à la p. 288, que «devait être évaluée dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, [...] la répartition de ressources limitées». Finalement, dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où un régime de prestations de retraite était contesté, le juge Sopinka a dit ceci, au par. 104:

government must be accorded some flexibility in extending social benefits. . . . It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all.

. . . le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux [. . .] La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun.

284

Three main principles emerge from this discussion. First, a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1 (*Singh and Schachter*). Second, financial considerations are relevant to tailoring the standard of review under minimal impairment (*Irwin Toy*, *McKinney* and *Egan*). Third, financial considerations are relevant to the exercise

Trois grands principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, une mesure dont le seul objectif est d'ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier (*Singh et Schachter*). Deuxièmement, des considérations financières sont pertinentes pour déterminer la norme de révision à respecter dans l'application du

of the court's remedial discretion, when s. 52 is engaged (*Schachter*).

In this appeal, the Manitoba government has attempted to justify the closure of the Manitoba Provincial Court solely on the basis of financial considerations, and for that reason, the closure of the Provincial Court cannot be justified under s. 1. Given this conclusion, it is not necessary for me to consider the parties' submissions on rational connection, minimal impairment, and proportionate effect. Were I to do so, however, I would hold that the closure of the courts did not minimally impair the right to be tried by an impartial and independent tribunal, because it had the effect of absolutely denying access to the courts for the days on which they were closed.

VII. The Remarks of Premier Klein

On a final note, I have decided not to comment on the remarks made by Premier Klein in the time period following the implementation of the salary reduction in Alberta, except to say that they were unfortunate and reflect a misunderstanding of the theory and practice of judicial independence in Canada. If the Premier had concerns regarding the conduct of a Provincial Court judge, the proper course of action would have been for him to lodge a complaint with the Judicial Council, not to take up the matter himself during a radio interview. I note, and am comforted by the fact, that Premier Klein effectively distanced himself from those remarks later on in a letter he sent to Chief Judge Wachowich of the Alberta Provincial Court, in which he stated that he was "well aware" of the process established to deal with judicial conduct, and that he had "no intention or desire to interfere with that process".

critère de l'atteinte minimale (*Irwin Toy, McKinney et Egan*). Troisièmement, de telles considérations sont pertinentes dans le cadre de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en application de l'art. 52 (*Schachter*).

Dans le présent pourvoi, le gouvernement manitobain a tenté de justifier la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba en invoquant seulement des considérations financières, et, pour cette raison, la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba ne peut pas être justifiée en vertu de l'article premier. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire que j'examine les arguments des parties concernant le lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité des effets. Cependant, si je le faisais, je conclurais que la fermeture des tribunaux n'a pas porté atteinte le moins possible au droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant, car cette mesure a eu pour effet d'empêcher complètement l'accès aux tribunaux durant les jours où ceux-ci ont été fermés.

VII. Les remarques du premier ministre Klein

Une dernière observation. J'ai décidé de ne pas commenter les remarques faites par le premier ministre Klein au cours de la période qui a suivi la mise en œuvre de la réduction des traitements en Alberta, si ce n'est pour dire qu'il a tenu des propos malheureux, témoignant d'une incompréhension théorique et pratique du principe de l'indépendance de la magistrature au Canada. Si le premier ministre était préoccupé par la conduite d'un juge de la cour provinciale, la marche à suivre était de déposer une plainte auprès du conseil de la magistrature de la province, et non de discuter ce cas durant une entrevue radiophonique. Je tiens toutefois à souligner, fait qui me rassure, que le premier ministre Klein est effectivement revenu par la suite sur ces propos, dans une lettre qu'il a fait parvenir au juge en chef Wachowich de la Cour provinciale de l'Alberta, et dans laquelle il a déclaré qu'il était [TRADUCTION] «bien au fait» du processus d'examen des plaintes concernant la conduite des juges et qu'il n'avait «ni l'intention ni le désir de s'ingérer dans ce processus».

VIII. Summary

287

Given the length and complexity of these reasons, I summarize the major principles governing the collective or institutional dimension of financial security:

1. It is obvious to us that governments are free to reduce, increase, or freeze the salaries of provincial court judges, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all or some persons who are remunerated from public funds, or as part of a measure which is directed at provincial court judges as a class.
2. Provinces are under a constitutional obligation to establish bodies which are independent, effective, and objective, according to the criteria that I have laid down in these reasons. Any changes to or freezes in judicial remuneration require prior recourse to the independent body, which will review the proposed reduction or increase to, or freeze in, judicial remuneration. Any changes to or freezes in judicial remuneration made without prior recourse to the independent body are unconstitutional.
3. As well, in order to guard against the possibility that government inaction could be used as a means of economic manipulation, by allowing judges' real wages to fall because of inflation, and in order to protect against the possibility that judicial salaries will fall below the adequate minimum guaranteed by judicial independence, the commission must convene if a fixed period of time (e.g. three to five years) has elapsed since its last report, in order to consider the adequacy of judges' salaries in light of the cost of living and other relevant factors.
4. The recommendations of the independent body are non-binding. However, if the executive or legislature chooses to depart from those recommendations, it has to justify its decision according to a standard of simple rationality — if need be, in a court of law.
5. Under no circumstances is it permissible for the judiciary to engage in negotiations over remuneration.

VIII. Sommaire

Compte tenu de la longueur et de la complexité des présents motifs, voici un résumé des grands principes qui régissent la dimension collective ou institutionnelle de la sécurité financière:

1. Il est clair à nos yeux que les gouvernements sont libres de réduire, de hausser ou encore de bloquer les traitements des juges des cours provinciales, soit dans le cadre d'une mesure économique générale visant l'ensemble des personnes rémunérées sur les fonds publics ou certaines d'entre elles, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges en tant que catégorie.
2. Les provinces ont l'obligation constitutionnelle d'établir des organismes indépendants, efficaces et objectifs, conformément aux critères que j'ai exposés dans les présents motifs. Les traitements des juges ne peuvent être modifiés ou bloqués qu'après avoir eu recours à un organisme indépendant, qui examinera la mesure proposée — réduction, hausse ou blocage des traitements. Toute mesure de cette nature prise sans avoir eu recours au préalable à l'organisme indépendant est inconstitutionnelle.
3. De même, afin de parer à la possibilité que l'inaction du gouvernement puisse être utilisée comme moyen de manipulation financière, c'est-à-dire qu'on permette l'érosion par l'inflation des traitements réels des juges, et afin d'empêcher que les traitements des juges ne tombent sous le minimum suffisant garanti par le principe de l'indépendance de la magistrature, l'organisme indépendant doit se réunir après l'écoulement d'une période déterminée (par ex. trois à cinq ans) depuis la production de son dernier rapport, afin d'étudier le caractère adéquat des traitements des juges à la lumière du coût de la vie et d'autres facteurs pertinents.
4. Les recommandations de l'organisme indépendant ne sont pas obligatoires. Cependant, si le pouvoir exécutif ou législatif décide de ne pas les suivre, il doit justifier sa décision suivant la norme de la simple rationalité — au besoin devant une cour de justice.
5. Il n'est en aucune circonstance permis aux juges d'engager avec l'exécutif ou des repré-

neration with the executive or representatives of the legislature. However, that does not preclude chief justices or judges, or bodies representing judges, from expressing concerns or making representations to governments regarding judicial remuneration.

IX. Conclusion and Disposition

A. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

(1) Answers to Reference Questions (Appendices "A" and "B")

The answers to the reference questions are as follows:

(a) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

Question 1

(a): No. Without prior recourse to an independent, effective, and objective salary commission, the Legislature of P.E.I. cannot, even as part of an overall public economic measure, decrease, increase, or otherwise adjust the remuneration of judges of the P.E.I. Provincial Court.

(b): Yes.

Question 2: No.

(b) *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

Question 1

(a): Yes.

(b): Yes.

sentants de la législature des négociations concernant leur rémunération. Toutefois, cela n'empêche pas les juges, les juges en chef ou les organisations représentant les juges de faire part au gouvernement concerné de leurs préoccupations concernant le caractère adéquat de la rémunération des juges, ni de présenter des observations à cet égard.

IX. Conclusion et dispositif

A. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

(1) Réponses aux questions des renvois (annexes A et B)

Voici les réponses aux questions des renvois:

(a) *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Question 1

a): Non. Sans recourir au préalable à une commission indépendante, efficace et objective d'examen de la rémunération des juges, la législature de l'Île-du-Prince-Édouard ne peut pas, même dans le cadre d'une mesure globale d'économie des deniers publics, diminuer, augmenter ou autrement modifier la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.

b): Oui.

Question 2: Non.

(b) *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Question 1

a): Oui.

b): Oui.

(c): No.

Question 2

(a): No.

(b): No.

(c): Since this question has been rendered moot by the amendment of s. 10 of the *Provincial Court Act*, I decline to answer this question.

(d): No.

(e): No.

(f)

(i) : No.

(ii): No.

(iii): No.

(iv): No.

(g): No.

Question 3

(a): No.

(b): No.

(c): No.

(d): This question is too vague to answer.

(e): There is insufficient information to answer this question.

(f): No.

(g): No.

Question 4

(a): Yes. The explanation for this answer is the same as for the answer to question 1(a) of the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

(b): Yes. The explanation for this answer is the same as for the answer to question 1(a) of the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

(c): No.

c): Non.

Question 2

a): Non.

b): Non.

c): Comme cette question est devenue théorique en raison de la modification apportée à l'art. 10 de la *Provincial Court Act*, je m'abstiens d'y répondre.

d): Non.

e): Non.

f)

(i): Non.

(ii): Non.

(iii): Non.

(iv): Non.

g): Non.

Question 3

a): Non.

b): Non.

c): Non.

d): Cette question est trop vague pour y répondre.

e): Il n'y a pas suffisamment de renseignements pour répondre à cette question.

f): Non.

g): Non.

Question 4

a): Oui. L'explication de cette réponse est la même que celle donnée à la question 1a) du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

b): Oui. L'explication de cette réponse est la même que celle donnée à la question 1a) du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

c): Non.

- (d): No. Although salary negotiations are prohibited by s. 11(d), on the facts, no such negotiations took place, and so the independence of the judges of the P.E.I. Provincial Court was not undermined.
- (e): Yes. The explanation for this answer is the same as for the answer to question 1(a) of the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.
- (f): No.
- (g): No.
- (h)
- (i): No.
- (ii): No.
- (iii): No.
- (iv): No.
- (i): Yes.
- (j): No.
- (k): No.
- Question 5: No.
- Question 6: No.
- Question 7: Because I have answered question 6 in the negative, it is not necessary to answer this question.
- Question 8: No.
- (2) Disposition
- (d): Non. Bien que les négociations sur les traitements soient interdites par l'al. 11d), il appert des faits qu'il n'y a pas eu de négociations, de sorte que l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard n'a pas été minée.
- e): Oui. L'explication de cette réponse est la même que celle donnée à la question 1a) du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.
- f): Non.
- g): Non.
- h)
- (i): Non.
- (ii): Non.
- (iii): Non.
- (iv): Non.
- i): Oui.
- j): Non.
- k): Non.
- Question 5: Non.
- Question 6: Non.
- Question 7: Parce que j'ai répondu par la négative à la question 6, il n'est pas nécessaire de répondre à la présente question.
- Question 8: Non.
- (2) Dispositif

I would allow the appeals in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, with respect to questions 1(a) and 2, and in *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, with respect to questions 1(c), 4(a), (b), (e) and (i), and 8. I would also allow the cross-appeal on question 1(a) of the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the*

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui a trait aux questions 1a) et 2 du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, et en ce qui a trait aux questions 1c), 4a), b), e) et i), et 8 du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. Je suis en outre d'avis d'accueillir le pourvoi incident en ce qui concerne la question 1a) du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

Provincial Court of Prince Edward Island. I award costs to the appellants throughout.

B. R. v. Campbell, R. v. Ekmecic and R. v. Wickman

(1) Answers to Constitutional Questions
(Appendix "C")

290 The answers to the constitutional questions are as follows:

Question 1: Yes.

Question 2: Yes.

Question 3: The constitutionality of these provisions was not properly before the Court.

Question 4: The constitutionality of these provisions was not properly before the Court.

Question 5: Yes.

Question 6: Yes.

Question 7: No.

(2) Disposition

291 I would allow the appeal by the Crown from the decision of the Alberta Court of Appeal that it was without jurisdiction to hear these appeals under s. 784(1) of the *Criminal Code*. I would also allow the appeal by the Crown from McDonald J.'s holding that ss. 11(1)(c), 11(2) and 11(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act* were unconstitutional. However, I would dismiss the Crown's appeal from McDonald J.'s holdings that the 5 percent pay reduction imposed on members of the Alberta Provincial Court by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, and ss. 13(1)(a) and 13(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act*, were unconstitutional. Finally, I would declare s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* to be unconstitutional.

J'accorde les dépens aux appelants devant toutes les cours.

B. R. c. Campbell, R. c. Ekmecic et R. c. Wickman

(1) Réponses aux questions constitutionnelles
(annexe C)

Voici les réponses aux questions constitutionnelles:

Question 1: Oui.

Question 2: Oui.

Question 3: La Cour n'était pas saisie régulièrement de la question de la constitutionnalité de ces dispositions.

Question 4: La Cour n'était pas saisie régulièrement de la question de la constitutionnalité de ces dispositions.

Question 5: Oui.

Question 6: Oui.

Question 7: Non.

(2) Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public contre la décision de la Cour d'appel de l'Alberta selon laquelle elle n'avait pas compétence pour entendre les appels en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*. J'accueillerais également le pourvoi formé par le ministère public contre la conclusion du juge McDonald que les al. 11(1)(c), le par. 11(2) et l'al. 11(1)(b) de la *Provincial Court Judges Act* sont inconstitutionnels. Cependant, je rejetterais le pourvoi du ministère public contre la conclusion d'inconstitutionnalité prononcée par le juge McDonald à l'égard de la réduction de traitement de 5 pour 100 imposée aux membres de la Cour provinciale de l'Alberta par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, et à l'égard des al. 13(1)(a) et b) de la *Provincial Court Judges Act*. Enfin, je déclarerais inconstitutionnel le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*.

The *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, is therefore of no force or effect. However, given the institutional burdens that must be met by Alberta, I suspend this declaration of invalidity for a period of one year.* I also declare ss. 13(1)(a), 13(1)(b) and 17(1) of the *Alberta Provincial Court Judges Act* to be of no force or effect. As there were no submissions as to costs, none shall be awarded.

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*

(1) Answers to Constitutional Questions (Appendix "D")

The answers to the constitutional questions are as follows:

Question 1

(a): Yes.

(b): No.

Question 2

(a): Yes.

(b): No.

Question 3

(a): Yes.

(b): No.

(2) Disposition

I would sever the phrase "as a judge of The Provincial Court or" from s. 9 of Bill 22, and would accordingly declare the salary reduction imposed on judges of the Manitoba Provincial Court to be of no force or effect. Even though Bill 22 is no longer in force, that does not affect the fully retroactive nature of this declaration of invalidity. I would also issue mandamus, directing the government to perform its statutory duty, pursuant to s. 11.1(6) of *The Provincial Court Act*, to implement the report of the standing committee of the provincial legislature which recommended a 3 per-

*See [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 15.

292
Le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, est par conséquent inopérant. Toutefois, compte tenu du fardeau institutionnel auquel doit faire face l'Alberta, je suspens pour un an cette déclaration d'invalidité*. Je déclare également inopérants les al. 13(1)a) et b) et le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act* de l'Alberta. Comme aucune observation n'a été présentée relativement à la question des dépens, il ne sera accordé aucuns dépens.

C. *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*

(1) Réponses aux questions constitutionnelles (annexe D)

293
Voici les réponses aux questions constitutionnelles:

Question 1

a): Oui.

b): Non.

Question 2

a): Oui.

b): Non.

Question 3

a): Oui.

b): Non.

(2) Dispositif

294
Je supprimerais les mots «à titre de juges de la Cour provinciale ou» qui figurent à l'art. 9 de la loi 22 et je déclarerais inopérante la réduction des traitements imposée aux juges de la Cour provinciale du Manitoba. Bien que cette loi ne soit plus en vigueur, ce fait n'a aucune incidence sur la nature pleinement rétroactive de la présente déclaration d'invalidité. Je décrèterais également un bref de *mandamus* intimant au gouvernement de respecter l'obligation légale qu'il a, aux termes du par. 11.1(6) de la *Loi sur la Cour provinciale*, de mettre en œuvre le rapport du comité permanent de

*Voir [1998] 1 R.C.S. 3, au par. 15.

cent increase to judges' salaries effective April 3, 1993, and which was approved by the provincial legislature on June 24, 1992. If the government wishes to persist in its decision to reduce the salaries of Manitoba Provincial Court judges for the 1993-94 year by 3.8 percent, and for the 1994-95 year by an amount generally equivalent to the amount by which the salaries of employees under a collective agreement with the Crown in right of Manitoba were reduced, it must remand the matter to the JCC. Only after the JCC has issued a report, and the statutory requirements laid down in s. 11.1 of *The Provincial Court Act* have been complied with, is it constitutionally permissible for the provincial legislature to reduce the salaries of Provincial Court judges as it sought to do through Bill 22. I also issue a declaration that the requirement that the staff of the Provincial Court take unpaid leave and the resulting closure of the Provincial Court during the summer of 1994 on "Filmon Fridays" violated the judicial independence of that court, and direct that s. 4(1) of Bill 22 be read in the way I have described above. Finally, I issue a declaration that the Manitoba government violated the judicial independence of the Provincial Court by attempting to engage in salary negotiations with the Manitoba Provincial Judges Association.

la législature provinciale recommandant une hausse de 3 pour 100 des traitements des juges prenant effet le 3 avril 1993, rapport qui a été approuvé par la législature provinciale le 24 juin 1992. Si le gouvernement persiste à vouloir réduire les traitements des juges de la Cour provinciale du Manitoba de 3,8 pour 100 pour l'exercice 1993-1994, et, pour l'exercice 1994-1995, d'une somme correspondant de façon générale à la réduction de salaire subie par les personnes parties à une convention collective avec Sa Majesté du chef du Manitoba, il doit renvoyer la question au CRJ. Ce n'est qu'après que le CRJ aura présenté un rapport et que les exigences prévues par l'art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale* auront été remplies, qu'il sera constitutionnellement permis à l'assemblée législative de réduire les traitements des juges de la Cour provinciale comme elle entendait le faire par la loi 22. Je déclare en outre que l'obligation faite au personnel de la Cour provinciale de prendre des jours de congé sans solde et la fermeture de la Cour provinciale qui en a résulté au cours des «vendredis de Filmon», durant l'été de 1994, ont violé l'indépendance de cette cour, et j'ordonne que le par. 4(1) de la loi 22 soit interprété de la manière que j'ai décrite précédemment. Finalement, je déclare que le gouvernement du Manitoba a violé l'indépendance de la Cour provinciale en tentant d'entamer des négociations salariales avec la Manitoba Provincial Judges Association.

295

I would allow therefore the appeal in *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, with respect to the salary reduction imposed on members of the Manitoba Provincial Court, the closure of the Manitoba Provincial Court, and the attempt by the provincial executive to engage in salary negotiations with the judges of the Provincial Court. Costs are awarded to the appellants throughout.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi dans l'affaire *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, tant en ce qui a trait à la réduction de traitements imposée aux membres de la Cour provinciale du Manitoba, qu'à la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba et à la tentative de l'exécutif provincial d'entamer des négociations salariales avec les juges de la Cour provinciale. Les dépens sont adjugés aux appelants dans toutes les cours.

Appendix "A"

Annexe A

Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, October 11, 1994

Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, 11 octobre 1994

- | | |
|--|---|
| <p>1. Can the Legislature of the Province of Prince Edward Island make laws such that the remuneration of Judges of the Provincial Court may be decreased, increased, or otherwise adjusted, either:</p> <p>(a) as part of an overall public economic measure, or</p> <p>(b) in certain circumstances established by law?</p> <p>2. If the answer to 1(a) or (b) is yes, then do the Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island currently enjoy a basic or sufficient degree of financial security or remuneration such that they constitute an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> and such other sections as may be applicable?</p> | <p>1. La législature de l'Île-du-Prince-Édouard peut-elle promulguer des lois telles que la rémunération des juges de la Cour provinciale puisse être diminuée, augmentée ou autrement modifiée,</p> <p>a) soit à titre de mesure globale d'économie des deniers publics,</p> <p>b) soit dans certaines circonstances prévues par la loi?</p> <p>2. Si la réponse aux questions 1a) ou 1b) est affirmative, les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard jouissent-ils actuellement d'une sécurité financière ou d'une rémunération suffisantes telles qu'ils constituent un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> ou au sens d'autres dispositions éventuellement applicables?</p> |
|--|---|

Appendix "B"

Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island, February 13, 1995

1. Having regard to the Statement of Facts, the original of which is on file with the Supreme Court of Prince Edward Island, can a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island (as appointed pursuant to the *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, Cap. P-25, as amended) be perceived as having a sufficient or basic degree of:
- (a) security of tenure, or
- (b) institutional independence with respect to matters of administration bearing on the exercise of the Judge's judicial function, or
- (c) financial security,
- such that the Judge is an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Having regard to the said Statement of Facts, with respect to "security of tenure", is the independence and impartiality of a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island affected to the extent that he is no longer an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by:
- (a) the pension provision in section 8(1)(c) of the *Provincial Court Act*, *supra*?

Annexe B

Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, 13 février 1995

1. Eu égard à l'exposé des faits, dont l'original a été versé au dossier dont la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard est en possession, peut-on dire que les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (nommés conformément à la *Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, modifiée) jouissent d'un degré suffisant
- a) de permanence,
- b) d'indépendance institutionnelle à l'égard des questions administratives relatives à l'exercice de leurs fonctions judiciaires,
- c) de sécurité financière,
- tel qu'ils constituent un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Eu égard audit exposé des faits, concernant la «permanence», l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard sont-elles affectées au point que ces juges ne constituent plus un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait
- a) de la disposition relative à la pension de retraite de l'alinéa 8(1)(c) de la *Provincial Court Act* susmentionnée?

- (b) the fact that the Legislative Assembly of the Province of Prince Edward Island has increased, decreased or otherwise adjusted the remuneration of Provincial Court Judges in the Province of Prince Edward Island?
- (c) the provision for possible suspension or removal of a Provincial Court Judge from office by the Lieutenant Governor in Council pursuant to section 10 of the *Provincial Court Act, supra*?
- (d) section 12(2) of the *Provincial Court Act, supra*, which provides for a leave of absence to a Provincial Court Judge, due to illness, at the discretion of the Lieutenant Governor in Council?
- (e) section 13 of the *Provincial Court Act, supra*, which provides for sabbatical leave to a Provincial Court Judge at the discretion of the Lieutenant Governor in Council?
- (f) alteration(s) to the pension provisions provided in section 8 of the *Provincial Court Act, supra*, which could result in:
- (i) an increase or decrease in the pension benefits payable?
 - (ii) making the plan subject to no more than equal contributions by Provincial Court Judges and the Government of Prince Edward Island?
 - (iii) an increase or decrease in the years of service required for entitlement to the pension benefits?
 - (iv) an increase or decrease in the level of indexing of pension benefits, or the use of some alternative index?
- (g) remuneration of Provincial Court Judges appointed on or after April 1, 1994, being determined for any year by calculating the average of the remuneration of Provincial Court Judges in the Provinces of Nova Scotia, New Brunswick and Newfoundland on April 1 of the immediately preceding year?

and, if so affected, specifically in what way?

3. Having regard to the said Statement of Facts, with respect to "institutional independence", is the independence and impartiality of a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island affected to the extent that he is no longer an independent and impar-

b) que l'Assemblée législative provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard a augmenté, diminué ou autrement modifié la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard?

c) [de] la disposition prévoyant l'éventualité de la suspension ou du renvoi d'un juge de la Cour provinciale par le lieutenant-gouverneur en conseil en vertu de l'article 10 de la *Provincial Court Act* susmentionnée?

d) du paragraphe 12(2) de la *Provincial Court Act* susmentionnée, qui prévoit l'octroi d'un congé aux juges de la Cour provinciale qui sont malades, à la discrétion du lieutenant-gouverneur en conseil?

e) de l'article 13 de la *Provincial Court Act* susmentionnée, qui prévoit l'octroi d'un congé sabbatique aux juges de la Cour provinciale, à la discrétion du lieutenant-gouverneur en conseil?

f) des modifications apportées aux dispositions relatives à la pension de retraite prévues à l'article 8 de la *Provincial Court Act* susmentionnée, lesquelles pourraient entraîner

i) une augmentation ou une diminution des prestations de retraite payables?

ii) l'assujettissement du régime à des cotisations au maximum égales pour les juges de la Cour provinciale et pour le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard?

iii) une augmentation ou une diminution du nombre d'années de service requis pour avoir droit à des prestations de retraite?

iv) une augmentation ou une diminution du niveau d'indexation des prestations de retraite ou le recours à un autre indice quelconque?

g) de la rémunération des juges de la Cour provinciale nommés le ou après le 1^{er} avril 1994, qui sera calculée, pour toute l'année, en fonction de la moyenne de la rémunération des juges de Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve au 1^{er} avril de l'année précédente?

et, si leur indépendance et leur impartialité en sont affectées, en quoi précisément le sont-elles?

3. Eu égard audit exposé des faits, concernant l'«indépendance institutionnelle», l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard sont-elles affectées au point que ces juges ne constituent plus un tribunal indépendant et

tial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by:

- (a) the location of the Provincial Courts, the offices of the Judges of the Provincial Court, the staff and court clerks associated with the Provincial Court, in relation to the offices of other Judges of Superior Courts, Legal Aid offices, Crown Attorneys' offices, or the offices of representatives of the Attorney General?
- (b) the fact that the Provincial Court Judges do not administer their own budget as provided to the Judicial Services Section of the Office of the Attorney General for the Province of Prince Edward Island?
- (c) the designation of a place of residence of a particular Provincial Court Judge?
- (d) communication between a Provincial Court Judge and the Director of Legal and Judicial Services in the Office of the Attorney General or the Attorney General for the Province of Prince Edward Island on issues relating to the administration of justice in the Province?
- (e) the position of the Chief Judge being vacant?
- (f) the fact that the Attorney General, via the Director of Legal and Judicial Services, declined to fund, and opposed an application to fund, legal counsel for the Chief Judge of the Provincial Court or Provincial Court Judges, as intervenor(s) in *Reference re Remuneration of Provincial Court Judges and the Jurisdiction of the Legislature and Related Matters* dated October 11, 1994?
- (g) Regulation No. EC631/94 enacted pursuant to the *Public Sector Pay Reduction Act*, S.P.E.I. 1994, Cap. 51?

and, if so affected, specifically in what way?

4. Having regard to the said Statement of Facts, with respect to "financial security", is the independence and impartiality of a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island affected to the extent that he is no longer an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by:

- (a) a general pay reduction for all public sector employees, and for all who hold public office,

impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait

- a) de l'endroit où se trouvent les salles d'audience de la Cour et les bureaux des juges, du personnel et des greffiers de la Cour provinciale, par rapport aux locaux et bureaux des autres juges de cours supérieures, aux bureaux de l'aide juridique, aux bureaux des substituts du procureur général ou à ceux des représentants du procureur général?
- b) que les juges de la Cour provinciale n'administrent pas leur propre budget, qui est accordé à la Section des services judiciaires du Bureau du procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard?
- c) de la désignation d'un lieu de résidence à l'égard de tel ou tel juge de la Cour provinciale?
- d) de la communication entre un juge de la Cour provinciale et le directeur des Services juridiques et judiciaires du Bureau du procureur général ou le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard au sujet de questions relatives à l'administration de la justice dans la province?
- e) que le poste du juge en chef soit vacant?
- f) que le procureur général, par l'intermédiaire du directeur des Services juridiques et judiciaires, a refusé de financer et s'est opposé à la demande en vue de financer les services d'un avocat représentant le juge en chef de la Cour provinciale ou les juges de la Cour provinciale en tant qu'intervenant(s) dans le renvoi *Reference re Remuneration of Provincial Court Judges and the Jurisdiction of the Legislature and Related Matters* en date du 11 octobre 1994?
- g) du règlement n° EC631/94 pris en vertu de la *Public Sector Pay Reduction Act*, S.P.E.I. 1994, ch. 51?

et, si leur indépendance et leur impartialité en sont affectées, en quoi précisément le sont-elles?

4. Eu égard audit exposé des faits, concernant la «sécurité financière», l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard sont-elles affectées au point que ces juges ne constituent plus un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait

- a) d'une réduction générale de la rémunération de tous les fonctionnaires et de tous les membres du

- including Judges, which is enacted by the Legislative Assembly of Prince Edward Island?
- (b) a remuneration freeze for all public sector employees, and for all who hold public office, including Judges, which is implemented by the Government of Prince Edward Island or is enacted by the Legislative Assembly of Prince Edward Island?
- (c) the fact that Judges' salaries are not automatically adjusted annually to account for inflation?
- (d) Provincial Court Judges having the ability to negotiate any aspect of their remuneration package?
- (e) Provincial Court Judges' salaries being established directly by the Legislative Assembly for the Province of Prince Edward Island and per the *Provincial Court Act*, *supra*, indirectly by other legislative assemblies in Canada?
- (f) section 12(2) of the *Provincial Court Act*, *supra*, which provides for a leave of absence to a Provincial Court Judge, due to illness, at the discretion of the Lieutenant Governor in Council?
- (g) section 13 of the *Provincial Court Act*, *supra*, which provides for sabbatical leave to a Provincial Court Judge at the discretion of the Lieutenant Governor in Council?
- (h) alteration(s) to the pension provisions provided in section 8 of the *Provincial Court Act*, *supra*, which could result in:
- (i) an increase or decrease in the pension benefits payable?
 - (ii) making the plan subject to no more than equal contributions by Provincial Court Judges and the Government of Prince Edward Island?
 - (iii) an increase or decrease in the years of service required for entitlement to the pension benefits?
 - (iv) an increase or decrease in the level of indexing of pension benefits, or the use of some alternative index?
- (i) *An Act to Amend the Provincial Court Act*, assented to May 19, 1994, which provides, *inter alia*, that the remuneration of Provincial Court
- secteur public, notamment les juges, par suite d'une décision de l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard?
- b) d'un gel de la rémunération de tous les fonctionnaires et de tous les membres du secteur public, notamment les juges, par suite d'une décision du gouvernement ou de l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard?
- c) que le traitement des juges n'est pas automatiquement redressé tous les ans en fonction de l'inflation?
- d) que les juges de la Cour provinciale peuvent négocier n'importe quel aspect de leur rémunération?
- e) que le traitement des juges de la Cour provinciale est fixé directement par l'Assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard et la *Provincial Court Act* susmentionnée, et indirectement par d'autres assemblées législatives du Canada?
- f) du paragraphe 12(2) de la *Provincial Court Act* susmentionnée, qui prévoit l'octroi d'un congé aux juges de la Cour provinciale qui sont malades, à la discrétion du lieutenant-gouverneur en conseil?
- g) de l'article 13 de la *Provincial Court Act* susmentionnée, qui prévoit l'octroi d'un congé sabbatique aux juges de la Cour provinciale, à la discrétion du lieutenant-gouverneur en conseil?
- h) des modifications apportées aux dispositions relatives à la pension de retraite prévues à l'article 8 de la *Provincial Court Act* susmentionnée, lesquelles pourraient entraîner
- i) une augmentation ou une diminution des prestations de retraite payables?
 - ii) l'assujettissement du régime à des cotisations au maximum égales pour les juges de la Cour provinciale et pour le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard?
 - iii) une augmentation ou une diminution du nombre d'années de service requis pour avoir droit à des prestations de retraite?
 - iv) une augmentation ou une diminution du niveau d'indexation des prestations de retraite ou le recours à un autre indice quelconque?
- i) de *An Act to Amend the Provincial Court Act*, sanctionnée le 19 mai 1994, qui dispose entre autres que la rémunération des juges de la Cour

Judges appointed on or after April 1, 1994, shall be determined for any year by calculating the average of the remuneration of Provincial Court Judges in the Provinces of Nova Scotia, New Brunswick and Newfoundland on April 1 of the immediately preceding year?

- (j) the fact that the Attorney General, via the Director of Legal and Judicial Services, declined to fund, and opposed an application to fund, legal counsel for the Chief Judge of the Provincial Court or Provincial Court Judges, as intervenor(s) in *Reference re Remuneration of Provincial Court Judges and the Jurisdiction of the Legislature and Related Matters* dated October 11, 1994?
- (k) Regulation No. EC631/94 enacted pursuant to the *Public Sector Pay Reduction Act, supra*?

and, if so affected, specifically in what way?

5. Notwithstanding the individual answers to the foregoing questions, is there any other factor or combination of factors arising from the said Statement of Facts that affects the independence and impartiality of a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island to the extent that he is no longer an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so affected, specifically in what way?
6. Is it necessary for a Judge of the Provincial Court of Prince Edward Island appointed pursuant to the *Provincial Court Act, supra*, to have the same level of remuneration as a Judge of the Supreme Court of Prince Edward Island appointed pursuant to the *Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1*, in order to be an independent and impartial tribunal within the meaning of section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
7. If the answer to question 6 is yes, in what particular respect or respects is it so necessary?
8. If any of the foregoing questions are answered "yes", are any possible infringements or denials of any person's rights and freedoms as guaranteed by section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* within reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society within the meaning of section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

provinciale nommés le ou après le 1^{er} avril 1994 sera calculée, pour toute année, en fonction de la moyenne de la rémunération des juges de Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de Terre-Neuve au 1^{er} avril de l'année précédente?

- j) que le procureur général, par l'intermédiaire du directeur des Services juridiques et judiciaires, a refusé de financer et s'est opposé à la demande en vue de financer les services d'un avocat représentant le juge en chef ou des juges de la Cour provinciale en tant qu'intervenant(s) dans le renvoi *Reference re Remuneration of Provincial Court Judges and the Jurisdiction of the Legislature and Related Matters* en date du 11 octobre 1994?
- k) du règlement n° EC631/94 pris en vertu de la *Public Sector Pay Reduction Act* susmentionnée?

et, si leur indépendance et leur impartialité en sont affectées, en quoi précisément le sont-elles?

5. Nonobstant les réponses particulières aux questions ci-dessus, existe-t-il un ou d'autres facteurs soulevés par ledit exposé des faits qui affecteraient l'indépendance et l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard au point que ces juges ne constituent plus un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Et, si c'est le cas, en quoi précisément le sont-elles?
6. Est-il nécessaire que les juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard (nommés en vertu de la *Provincial Court Act* susmentionnée) aient le même niveau de rémunération que les juges de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (nommés en vertu de la *Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1*) pour constituer un tribunal indépendant et impartial au sens de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
7. Si la réponse à la question 6 est affirmative, en quoi précisément est-ce nécessaire?
8. Si la réponse à l'une quelconque des questions ci-dessus est affirmative, y a-t-il violation ou déni de droits ou de libertés garantis par l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans les limites raisonnables prescrites par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Appendix "C"

Constitutional questions in *R. v. Campbell*, *R. v. Ekmecic*, and *R. v. Wickman*, June 26, 1996

1. Does the provision made in s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, for the remuneration of judges of the Provincial Court of Alberta, when read on its own or in conjunction with the regulations enacted thereunder (with the exception of the regulation referred to in question 2), fail to provide a sufficient degree of financial security to constitute that court an independent and impartial tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does the 5% salary reduction imposed by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, infringe the right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do s. 11(1)(c) and s. 11(2) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, relating to the handling by the Judicial Council of complaints against judges of the Provincial Court of Alberta, when read in light of s. 10(1)(e) and s. 10(2) of the Act, infringe the right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. Does the inclusion of "lack of competence" and "conduct" in s. 11(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, infringe the right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
5. Does s. 13(1)(a) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, authorizing the Minister of Justice to designate the place at which a judge shall have his residence, infringe the right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
6. Does s. 13(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, authorizing the Minister of Justice to designate the Court's sitting days, infringe the right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Annexe C

Questions constitutionnelles dans *R. c. Campbell*, *R. c. Ekmecic* et *R. c. Wickman*, 26 juin 1996

1. Est-ce que, interprétées seules ou en corrélation avec leurs règlements d'application (à l'exception du règlement mentionné à la question 2), les dispositions du par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, qui pouvoient à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Alberta, font défaut d'assurer une sécurité financière suffisante pour faire de cette cour un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Est-ce que la réduction de 5 % des traitements imposée par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, porte atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Est-ce que, interprétés à la lumière de l'al. 10(1)e) et du par. 10(2) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, l'al. 11(1)c) et le par. 11(2) de cette loi, qui concernent le traitement, par le conseil de la magistrature, des plaintes portées contre les juges de la Cour provinciale de l'Alberta, portent atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Est-ce que l'inclusion, à l'al. 11(1)b) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, des motifs de plainte fondés sur l'«incompétence» et la «conduite», porte atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
5. Est-ce que l'al. 13(1)a) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, qui autorise le ministre de la Justice à désigner l'endroit où doivent résider les juges, porte atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. Est-ce que l'al. 13(1)b) de la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, qui autorise le ministre de la Justice à désigner les jours de séance de la Cour provinciale, porte atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

7. If any of the foregoing questions are answered "yes", are any of the provisions justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

7. Si la réponse à l'une de ces questions est oui, est-ce que les dispositions visées sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Appendix "D"

Annexe D

Constitutional questions in *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, June 18, 1996

Questions constitutionnelles dans *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, 18 juin 1996

1. (a) Does s. 9 of *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act*, S.M. 1993, c. 21 ("Bill 22"), relating to the remuneration of the judges of the Provincial Court of Manitoba, violate in whole or in part the rule of law and/or the requirement of an independent and impartial tribunal imposed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - (b) If so, can the provision be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 2. (a) To the extent that s. 9 of Bill 22 repeals or suspends the operation of s. 11.1 of *The Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, does it violate in whole or in part the rule of law and/or the requirement of an independent and impartial tribunal imposed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - (b) If so, can the provision be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 3. (a) To the extent that s. 4 of Bill 22 authorizes the withdrawal of court staff and personnel on days of leave, does that provision violate in whole or in part the rule of law and/or requirement of an independent and impartial tribunal imposed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
 - (b) If so, can the provision be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
1. a) L'article 9 de la *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public*, L.M. 1993, ch. 21 (la «loi 22»), qui traite de la rémunération des juges de la Cour provinciale du Manitoba, viole-t-il en tout ou en partie la primauté du droit ou l'exigence relative à un tribunal indépendant et impartial prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 - b) Dans l'affirmative, la disposition est-elle justifiable en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 2. a) Dans la mesure où l'art. 9 de la loi 22 abroge ou suspend l'application de l'art. 11.1 de la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, viole-t-il en tout ou en partie la primauté du droit ou l'exigence relative à un tribunal indépendant et impartial prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 - b) Dans l'affirmative, la disposition est-elle justifiable en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 3. a) Dans la mesure où l'art. 4 de la loi 22 autorise le retrait de membres du personnel de la cour en exigeant qu'ils prennent des jours de congé, cette disposition viole-t-elle en tout ou en partie la primauté du droit ou l'exigence relative à un tribunal indépendant et impartial prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(b) If so, can the provision be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

b) Dans l'affirmative, la disposition est-elle justifiable en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

LA FOREST J. (dissenting in part) —

LE JUGE LA FOREST (dissent en partie) —

I. Introduction

I. Introduction

296

The primary issue raised in these appeals is a narrow one: has the reduction of the salaries of provincial court judges, in the circumstances of each of these cases, so affected the independence of these judges that persons “charged with an offence” before them are deprived of their right to “an independent and impartial tribunal” within the meaning of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice who sets forth the facts and history of the litigation. Although I agree with substantial portions of his reasons, I cannot concur with his conclusion that s. 11(d) forbids governments from changing judges’ salaries without first having recourse to the “judicial compensation commissions” he describes. Furthermore, I do not believe that s. 11(d) prohibits salary discussions between governments and judges. In my view, reading these requirements into s. 11(d) represents both an unjustified departure from established precedents and a partial usurpation of the provinces’ power to set the salaries of inferior court judges pursuant to ss. 92(4) and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. In addition to these issues, the Chief Justice deals with a number of other questions respecting the independence of provincial court judges that were raised by the parties to these appeals. I agree with his disposition of these issues.

La principale question litigieuse soulevée par les présents pourvois a un caractère restreint: Est-ce que la réduction du traitement des juges de cours provinciales, dans les circonstances de chacune des espèces, a porté atteinte à leur indépendance au point de priver les «inculpés» comparaisant devant eux du droit d’être jugés par «un tribunal indépendant et impartial» au sens de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? J’ai eu l’avantage de lire les motifs du Juge en chef, qui expose les faits et l’historique du litige. Bien que je sois en grande partie d’accord avec ses motifs, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle l’al. 11d) interdit aux gouvernements de modifier la rémunération des juges sans d’abord recourir aux «commissions de la rémunération des juges» qu’il décrit. Qui plus est, je ne pense pas que l’al. 11d) interdise les discussions salariales entre les gouvernements et les juges. À mon sens, le fait de considérer que l’al. 11d) comporte ces prescriptions constitue à la fois une entorse injustifiée à la jurisprudence établie et une usurpation partielle du pouvoir de fixer la rémunération des juges des tribunaux inférieurs qui est accordé aux provinces par les par. 92(4) et (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Outre ces points, le Juge en chef examine plusieurs autres questions touchant l’indépendance des juges des cours provinciales qui ont été soulevées par les parties aux présents pourvois. Je suis d’accord avec la façon dont il statue sur ces questions.

297

But if the Chief Justice and I share a considerable measure of agreement on many of the issues raised by the parties, that cannot be said of his broad assertion concerning the protection provincially appointed judges exercising functions other than criminal jurisdiction are afforded by virtue of

Toutefois, même si le Juge en chef et moi-même sommes dans une large mesure d’accord sur bon nombre des questions soulevées par les parties, ce n’est pas le cas pour ce qui est de son affirmation générale sur la protection accordée par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux juges

the preamble to the *Constitution Act, 1867*. Indeed I have grave reservations about the Court entering into a discussion of the matter in the present appeals. Only minimal reference was made to it by counsel who essentially argued the issues on the basis of s. 11(d) of the *Charter* which guarantees that anyone charged with an offence is entitled to a fair hearing by “an independent and impartial tribunal”. I observe that this protection afforded in relation to criminal proceedings is expressly provided by the *Charter*.

I add that, in relation to prosecutions for an offence, there are compelling reasons for including this guarantee to supplement the specific constitutional protection for the federally appointed courts set out in ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867*. Being accused of a crime is one of the most momentous encounters an individual can have with the power of the state. Such persons are the sole beneficiaries of the rights set out in s. 11(d). No explanation is required as to why it is essential that the fate of accused persons be in the hands of independent and impartial adjudicators.

Whether, and to what extent, other persons appearing before inferior courts are entitled to such protection is a difficult and open question; one which may have significant implications for the administration of justice throughout the land. Before addressing such an important constitutional issue, it is, in my view, critical to have the benefit of full submissions from counsel.

My concern arises out of the nature of judicial power. As I see it, the judiciary derives its public acceptance and its strength from the fact that judges do not initiate recourse to the law. Rather, they respond to grievances raised by those who come before them seeking to have the law applied, listening fairly to the representations of all parties, always subject to the discipline provided by the facts of the case. This sustains their impartiality and limits their powers. Unlike the other branches

qui sont nommés par les provinces et qui n'exercent pas une juridiction pénale. De fait, j'émet de sérieuses réserves quant à l'opportunité de l'examen de cette question par la Cour dans le cadre des présents pourvois. Les avocats y ont à peine fait référence et ils ont essentiellement débattu les questions litigieuses en fonction de l'al. 11d) de la *Charte*, disposition qui garantit à un inculpé le droit à un procès équitable devant «un tribunal indépendant et impartial». Je souligne que cette protection, qui est accordée à l'égard des poursuites pénales, est expressément prévue par la *Charte*.

J'ajoute que, dans le cas de poursuites intentées relativement à une infraction, il existe des raisons impérieuses d'inclure cette garantie pour compléter la protection constitutionnelle spécifiquement accordée par les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux juges nommés par le gouvernement fédéral. Le fait d'être accusé d'un crime est l'un des contacts les plus marquants qu'un individu peut avoir avec la puissance de l'État. Les personnes inculpées sont les uniques bénéficiaires des droits garantis par l'al. 11d). Il est superflu d'expliquer pourquoi il est essentiel que des juges indépendants et impartiaux décident de leur sort.

La question de savoir si d'autres personnes comparissant devant des tribunaux inférieurs ont droit à une telle protection et, si oui, dans quelle mesure, est une question difficile et controversée, qui peut avoir des répercussions importantes sur l'administration de la justice partout au pays. Avant d'examiner une question constitutionnelle aussi importante, il est, selon moi, crucial d'avoir reçu des observations exhaustives de la part des avocats sur celle-ci.

Mon inquiétude découle de la nature du pouvoir judiciaire. Selon moi, le judiciaire tire son acceptation publique et sa force du fait que les poursuites ne sont pas intentées à l'instigation des juges. Ceux-ci répondent plutôt aux griefs formulés par ceux qui s'adressent à eux dans le but de faire appliquer la loi, écoutant avec impartialité les observations de toutes les parties, tout étant constamment soumis à la discipline que leur imposent les faits de l'espèce. C'est ce qui soutient leur

298

299

300

of the government, the judicial branch does not initiate matters and has no agenda of its own. Its sole duty is to hear and decide cases on the issues presented to it in accordance with the law and the Constitution. And so it was that Alexander Hamilton referred to the courts as “the least dangerous” branch of government: *The Federalist*, No. 78.

301

Indeed courts are generally reluctant to comment on matters that are not necessary to decide in order to dispose of the case at hand. This policy is especially apposite in constitutional cases, where the implications of abstract legal conclusions are often unpredictable and can, in retrospect, turn out to be undesirable. After advertent to a number of decisions of this Court endorsing this principle, Sopinka J. stated the following for the majority in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at para. 9:

The policy which dictates restraint in constitutional cases is sound. It is based on the realization that unnecessary constitutional pronouncements may prejudice future cases, the implications of which have not been foreseen. Early in this century, Viscount Haldane in *John Deere Plow Co. v. Wharton*, [1915] A.C. 330, at p. 339, stated that the abstract logical definition of the scope of constitutional provisions is not only “impracticable, but is certain, if attempted, to cause embarrassment and possible injustice in future cases”.

See also *Attorney General of Quebec v. Cumming*, [1978] 2 S.C.R. 605; *The Queen in Right of Manitoba v. Air Canada*, [1980] 2 S.C.R. 303; *Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] S.C.R. 887; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357. Notably, Sopinka J. uttered this admonition in a case in which the relevant legal issue was fully argued in both this Court and in the court below. The policy of forbearance with respect to extraneous legal issues applies, *a fortiori*, in a case

impartialité et limite leurs pouvoirs. À la différence des autres organes du gouvernement, le pouvoir judiciaire n’amorce pas les choses et ne poursuit pas de programme propre. Son seul devoir est d’entendre et de trancher des affaires qui lui sont soumises, conformément au droit et à la Constitution. Voilà pourquoi Alexander Hamilton a dit que les tribunaux étaient l’organe du gouvernement «le moins redoutable»: *Le Fédéraliste*, n° 78.

De fait, les tribunaux sont généralement réticents à commenter des questions qu’il n’est pas nécessaire de trancher pour statuer sur un litige. Cette règle de conduite est particulièrement indiquée dans les affaires constitutionnelles, où les répercussions de conclusions de droit tirées dans l’abstrait sont souvent imprévisibles et peuvent, après coup, se révéler malheureuses. Après s’être référé à un certain nombre de décisions dans lesquelles notre Cour a approuvé ce principe, le juge Sopinka a fait les remarques suivantes, au nom de la majorité, dans l’arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d’enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, au par. 9:

La règle de conduite qui dicte la retenue dans les affaires constitutionnelles est sensée. Elle repose sur l’idée que toute déclaration inutile sur un point de droit constitutionnel risque de causer à des affaires à venir un préjudice dont les conséquences n’ont pas été prévues. Au début du siècle, le vicomte Haldane a dit, dans l’arrêt *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, à la p. 339, que définir logiquement, dans l’abstrait, la portée de dispositions constitutionnelles non seulement était [TRADUCTION] «irréalisable, mais encore créerait sans aucun doute des embarras et peut-être une injustice dans les affaires à venir».

Voir aussi: *Procureur général du Québec c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *La Reine du chef du Manitoba c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357. Il convient de mentionner que le juge Sopinka a fait cette mise en garde dans une affaire où la question de droit pertinente avait été débattue de façon exhaustive tant devant notre Cour que devant le tribunal d’instance inférieure. Cette politique d’abstention à l’égard des questions de droit étrangères aux débats s’applique à plus

where only the briefest of allusion to the issue was made by counsel.

I am, therefore, deeply concerned that the Court is entering into a debate on this issue without the benefit of substantial argument. I am all the more troubled since the question involves the proper relationship between the political branches of government and the judicial branch, an issue on which judges can hardly be seen to be indifferent, especially as it concerns their own remuneration. In such circumstances, it is absolutely critical for the Court to tread carefully and avoid making far-reaching conclusions that are not necessary to decide the case before it. If the Chief Justice's discussion was of a merely marginal character — a side-wind so to speak — I would abstain from commenting on it. After all, it is technically only *obiter dicta*. Nevertheless, in light of the importance that will necessarily be attached to his lengthy and sustained exegesis, I feel compelled to express my view.

II. The Effect of the Preamble to the Constitution Act, 1867

I emphasize at the outset that it is not my position that s. 11(d) of the *Charter* and ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867* comprise an exhaustive code of judicial independence. As I discuss briefly later, additional protection for judicial independence may inhere in other provisions of the Constitution. Nor do I deny that the Constitution embraces unwritten rules, including rules that find expression in the preamble of the *Constitution Act, 1867*; see *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319. I hasten to add that these rules really find their origin in specific provisions of the Constitution viewed in light of our constitutional heritage. In other words, what we are concerned with is the meaning to be attached to an expression used in a constitutional provision.

forte raison dans un cas où les avocats n'ont fait que de très brèves allusions à une telle question.

Je suis donc profondément préoccupé par le fait que la Cour prenne part à un débat sur cette question sans avoir entendu d'argumentation substantielle à cet égard. Je suis d'autant plus inquiet que la question met en jeu les rapports que doivent entretenir les organes politiques du gouvernement et la magistrature, point à l'égard duquel les juges peuvent difficilement être perçus comme indifférents, surtout lorsqu'il s'agit de leur propre rémunération. Dans de telles circonstances, il est absolument crucial que la Cour avance avec précaution et évite de tirer des conclusions d'une grande portée, qui ne sont pas nécessaires pour décider l'affaire dont elle est saisie. Si l'analyse du Juge en chef avait un caractère purement secondaire — si elle était une digression pour ainsi dire —, je m'abstiendrais de la commenter. Après tout, il ne s'agit, à strictement parler, que d'une opinion incidente. Néanmoins, vu l'importance qui sera inévitablement accordée à son exégèse longue et soutenue, je me sens contraint d'exprimer mon point de vue.

II. L'effet du préambule de la Loi constitutionnelle de 1867

J'insiste d'entrée de jeu sur le fait que je ne suis pas d'avis que l'al. 11d) de la *Charte* et les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* établissent un code exhaustif régissant l'indépendance judiciaire. Comme je le dis brièvement plus loin, il est possible que d'autres dispositions de la Constitution protègent également l'indépendance des juges. Je ne nie pas non plus que la Constitution comprend des règles non écrites, notamment des règles exprimées dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319. Je m'empresse d'ajouter que ces règles tirent en réalité leur origine de dispositions précises de la Constitution, considérées sous l'éclairage de notre héritage constitutionnel. En d'autres mots, ce qui nous intéresse c'est le sens à donner à une expression employée dans une disposition constitutionnelle.

302

303

304

I take issue, however, with the Chief Justice's view that the preamble to the *Constitution Act, 1867* is a source of constitutional limitations on the power of legislatures to interfere with judicial independence. In *New Brunswick Broadcasting, supra*, this Court held that the privileges of the Nova Scotia legislature had constitutional status by virtue of the statement in the preamble expressing the desire to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". In reaching this conclusion, the Court examined the historical basis for the privileges of the British Parliament. That analysis established that the power of Parliament to exclude strangers was absolute, constitutional and immune from regulation by the courts. The effect of the preamble, the Court held, is to recognize and confirm that this long-standing principle of British constitutional law was continued or established in post-Confederation Canada.

305

There is no similar historical basis, in contrast, for the idea that Parliament cannot interfere with judicial independence. At the time of Confederation (and indeed to this day), the British Constitution did not contemplate the notion that Parliament was limited in its ability to deal with judges. The principle of judicial independence developed very gradually in Great Britain; see generally W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769 and 1139. In the Norman era, judicial power was concentrated in the hands of the King and his immediate entourage (the *Curia Regis*). Subsequent centuries saw the emergence of specialized courts and a professional judiciary, and the king's participation in the judicial function had by the end of the fifteenth century effectively withered. Thus Blackstone in his *Commentaries* was able to state:

... at present, by the long and uniform usage of many ages, our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts; which are the grand depository of the fundamental laws of the kingdom, and have gained a known and stated jurisdiction,

Je ne partage toutefois pas l'avis du Juge en chef que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* est une source de restrictions constitutionnelles du pouvoir des législatures de porter atteinte à l'indépendance des juges. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, précité, notre Cour a statué que les privilèges de la législature de la Nouvelle-Écosse avaient un statut constitutionnel en raison de la déclaration du préambule exprimant le désir d'avoir «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a examiné le fondement historique des privilèges dont jouit le Parlement britannique. Il est ressorti de cette analyse que le pouvoir qu'a le Parlement d'exclure des étrangers était absolu, constitutionnel et soustrait au pouvoir de contrôle des tribunaux. La Cour a statué que l'effet du préambule est de reconnaître et de confirmer que ce principe de longue date du droit constitutionnel britannique a été maintenu ou établi au Canada, après la Confédération.

En revanche, l'idée que le Parlement ne peut pas porter atteinte à l'indépendance de la magistrature n'a aucun fondement historique similaire. Au moment de la Confédération (et même de nos jours), la Constitution britannique n'envisageait pas que le Parlement soit limité dans sa capacité de prendre des mesures à l'égard des juges. Le principe de l'indépendance judiciaire s'est développé de façon très graduelle en Grande-Bretagne; voir, de façon générale, W. R. Lederman, «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769 et 1139. À l'époque normande, le pouvoir judiciaire était concentré entre les mains du roi et de son entourage immédiat (la *Curia Regis*). Les siècles suivants ont vu apparaître des tribunaux spécialisés et une magistrature professionnelle, et, à la fin du XV^e siècle, le roi avait effectivement cessé d'exercer des fonctions judiciaires. Dans *Commentaries on the Laws of England* (4^e éd. 1770), livre 1, Blackstone a donc pu déclarer ceci (à la p. 267):

... aujourd'hui, d'après le long et uniforme usage de plusieurs siècles, le pouvoir judiciaire de nos rois est entièrement délégué par eux aux juges de leurs diverses cours de justice: ces juges sont les grands dépositaires des lois fondamentales du royaume; ils ont acquis une

regulated by certain established rules, which the crown itself cannot now alter but by act of parliament.

(Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book 1, at p. 267.)

Despite these advances, kings retained power to apply pressure on the judiciary to conform to their wishes through the exercise of the royal power of dismissal. Generally speaking, up to the seventeenth century, judges held office during the king's good pleasure (*durante bene placito*). This power to dismiss judges for political ends was wielded most liberally by the Stuart kings in the early seventeenth century as part of their effort to assert the royal prerogative powers over the authority of Parliament and the common law. It was thus natural that protection against this kind of arbitrary, executive interference became a priority in the post-revolution settlement. Efforts to secure such protection in legislation were scuttled in the two decades following 1688, but at the turn of the century William III gave his assent to the *Act of Settlement*, 12 & 13 Will. 3, c. 2, which took effect with the accession of George I in 1714. Section 3, para. 7 of that statute mandated that "Judges Commissions be made *Quandiu se bene gesserint* [during good behaviour], and their Salaries ascertained and established; but upon the Address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them". Further protection was provided by an Act of 1760 (*Commissions and Salaries of Judges Act*, 1 Geo. 3, c. 23), which ensured that the commissions of judges continued notwithstanding the demise of the king. Prior to this enactment, the governing rule provided that all royal appointees, including judges, vacated their offices upon the death of the king.

Various jurists have asserted that these statutes and their successors have come to be viewed as "constitutional" guarantees of an independent judiciary. Professor Lederman writes, for example, that it would be "unconstitutional" for the British

jurisdiction fixée et définie, exercée suivant des règles établies et déterminées, que la couronne elle-même ne peut changer aujourd'hui que par un acte du parlement...

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 1, à la p. 488.)

Malgré ces progrès, les rois conservaient le pouvoir de faire pression sur les juges pour qu'ils accèdent à leurs désirs grâce à l'exercice du pouvoir royal de révocation. D'une manière générale, jusqu'au XVII^e siècle, la nomination des juges était faite à titre amovible par le roi (*durante bene placito*). Ce pouvoir de révoquer les juges, à des fins politiques, a été exercé de façon très libérale par les Stuarts, au début du XVII^e siècle, dans leurs efforts pour faire triompher les pouvoirs de prérogative du roi sur l'autorité du Parlement et sur la common law. Il était donc naturel que la protection contre ce genre d'ingérence arbitraire du pouvoir exécutif soit une priorité après la révolution. Les tentatives faites pour accorder pareille protection dans les lois ont été vaines au cours des deux décennies qui ont suivi 1688, mais, au tournant du siècle, William III a donné son assentiment à l'*Act of Settlement*, 12 & 13 Will. 3, ch. 2, loi qui est entrée en vigueur avec l'avènement de George I^{er} en 1714. L'article 3, par. 7 de cette loi précisait que [TRADUCTION] «la nomination des juges est faite *Quandiu se bene gesserint* [à titre inamovible] et [que] leur traitement est déterminé et établi; mais [qu']ils peuvent être révoqués sur adresse des deux chambres du parlement». Une mesure de protection supplémentaire a été établie dans une loi de 1760 (*Commissions and Salaries of Judges Act*, 1 Geo. 3, ch. 23), qui garantissait que les juges continuaient d'exercer leurs fonctions malgré le décès du roi. La règle qui régissait la question avant l'édiction de cette loi disposait que toutes les personnes nommées par le roi, dont les juges, cessaient d'occuper leur charge à la mort du roi.

Plusieurs juristes ont affirmé que ces lois et celles qui les ont remplacées ont fini par être considérées comme des garanties «constitutionnelles» de l'indépendance de la magistrature. Par exemple, le professeur Lederman écrit qu'il serait «inconstitu-

Parliament to cut the salary of an individual superior court judge during his or her commission or to reduce the salaries of judges as a class to the extent that it threatened their independence (*supra*, at p. 795). It has thus been suggested that the preamble to the *Constitution Act, 1867*, which expresses a desire to have a Constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom" is a source of judicial independence in Canada: *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at p. 72.

tionnel» que le Parlement britannique réduise le traitement d'un juge donné d'une cour supérieure pendant son mandat ou réduise ceux des juges, en tant que catégorie, dans la mesure où cela menace leur indépendance (*loc. cit.*, à la p. 795). Il a en conséquence été avancé que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui exprime le désir d'avoir une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», est une source d'indépendance du pouvoir judiciaire au Canada: *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 72.

308

Even if it is accepted that judicial independence had become a "constitutional" principle in Britain by 1867, it is important to understand the precise meaning of that term in British law. Unlike Canada, Great Britain does not have a written constitution. Under accepted British legal theory, Parliament is supreme. By this I mean that there are no limitations upon its legislative competence. As Dicey explains, Parliament has "under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament" (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. 1959), at pp. 39-40). This principle has been modified somewhat in recent decades to take into account the effect of Great Britain's membership in the European Community, but ultimately, the British Parliament remains supreme; see E. C. S. Wade and A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law* (11th ed. 1993), by A. W. Bradley and K. D. Ewing, at pp. 68-87; Colin Turpin, *British Government and the Constitution* (3rd ed. 1995), at pp. 298-99.

Même s'il est accepté que l'indépendance de la magistrature était devenue un principe «constitutionnel» en Grande-Bretagne en 1867, il est important de comprendre la signification précise de ce terme en droit britannique. Contrairement au Canada, la Grande-Bretagne n'a pas de constitution écrite. Suivant la théorie juridique britannique reconnue, le Parlement est suprême. Je veux dire par là que sa compétence législative est illimitée. Comme Dicey l'explique, le Parlement a, [TRADUCTION] «en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler» (A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), aux pp. 39 et 40). Ce principe a été quelque peu modifié au cours des dernières décennies pour tenir compte de l'effet de l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté européenne, mais, en dernière analyse, le Parlement britannique demeure suprême; voir E. C. S. Wade et A. W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law* (11^e éd. 1993), par A. W. Bradley et K. D. Ewing, aux pp. 68 à 87; Colin Turpin, *British Government and the Constitution* (3^e éd. 1995), aux pp. 298 et 299.

309

The consequence of parliamentary supremacy is that judicial review of legislation is not possible. The courts have no power to hold an Act of Parliament invalid or unconstitutional. When it is said that a certain principle or convention is "constitutional", this does not mean that a statute violating that principle can be found to be *ultra vires* Parlia-

La conséquence de la suprématie du Parlement est que le contrôle judiciaire des lois n'est pas possible. Les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer inopérante ou inconstitutionnelle une loi du Parlement. Quand on dit d'une convention ou d'un principe donné qu'il a un caractère «constitutionnel», cela ne veut pas dire qu'une loi y portant

ment. As Lord Reid stated in *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 (P.C.), at p. 723:

It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political or other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them the courts could not hold the Act of Parliament invalid.

See also: *Manuel v. Attorney-General*, [1983] Ch. 77 (C.A.).

This fundamental principle is illustrated by the debate that occurred when members of the English judiciary complained to the Prime Minister in the early 1930s about legislation which reduced the salaries of judges, along with those of civil servants, by 20 percent as an emergency response to a financial crisis. Viscount Buckmaster, who vigorously resisted the notion that judges' salaries could be diminished during their term of office, admitted that Parliament was supreme and could repeal the *Act of Settlement* if it chose to do so. He only objected that it was not permissible to effectively repeal the Act by order in council; see U.K., H.L. *Parliamentary Debates*, vol. 90, cols. 67-68 (November 23, 1933). It seems that the judges themselves also conceded this point; see R. F. V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* (1964), at p. 514.

The idea that there were enforceable limits on the power of the British Parliament to interfere with the judiciary at the time of Confederation, then, is an historical fallacy. By expressing a desire to have a Constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom", the framers of the *Constitution Act, 1867* did not give courts the power to strike down legislation violating the principle of judicial independence. The framers did, however, entrench the fundamental components of judicial independence set out in the *Act of Settlement* such that violations could be struck down by the courts. This was accomplished, however, by

atteinte peut être déclarée *ultra vires* du Parlement. Comme l'a dit lord Reid, dans l'arrêt *Madzimbamuto c. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645 (C.P.), à la p. 723:

[TRADUCTION] On dit souvent que le Parlement du Royaume-Uni agirait de façon inconstitutionnelle s'il faisait certaines choses, en voulant dire que les raisons morales, politiques et autres de s'abstenir sont si fortes que la plupart des gens considéreraient tout à fait abusif que le Parlement les fasse. Mais cela ne signifie pas que le Parlement n'a pas le pouvoir de les faire. Si le Parlement décide de les faire, les tribunaux ne pourront conclure que la loi du Parlement est invalide.

Voir aussi: *Manuel c. Attorney-General*, [1983] Ch. 77 (C.A.).

Ce principe fondamental est illustré par le débat qui a eu lieu lorsque, au début des années 30, des juges anglais se sont plaints au premier ministre du fait qu'une loi conçue comme une mesure d'urgence pour résoudre une crise financière diminuait de 20 pour 100 leur rémunération, de même que celle de fonctionnaires. Le vicomte Buckmaster, qui s'était énergiquement opposé à l'idée que le traitement des juges puisse être réduit pendant leur mandat, a reconnu que le Parlement était suprême et pouvait abroger l'*Act of Settlement* s'il jugeait bon de le faire. Il a seulement fait valoir qu'il n'était pas permis de l'abroger dans les faits par décret; voir U.K., H.L. *Parliamentary Debates*, vol. 90, cols. 67 et 68 (23 novembre 1933). Il semble que les juges eux-mêmes ont aussi concédé ce point; voir R. F. V. Heuston, *Lives of the Lord Chancellors 1885-1940* (1964), à la p. 514.

L'idée qu'il existait des limites applicables au pouvoir du Parlement britannique de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire au moment de la Confédération est donc historiquement fautive. En exprimant le désir d'avoir une constitution «semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni», les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ont pas donné aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi portant atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature. Ils ont toutefois effectivement constitutionnalisé les éléments fondamentaux de l'indépendance judiciaire énoncés dans l'*Act of Settlement*, de manière à per-

310

311

ss. 99-100 of the *Constitution Act, 1867*, not the preamble.

mettre aux tribunaux de prendre des mesures contre les atteintes à ce principe. Cependant, c'est au moyen des art. 99 et 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et non du préambule, qu'ils l'ont fait.

312 It might be asserted that the argument presented above is merely a technical quibble. After all, in Canada the Constitution is supreme, not the legislatures. Courts have had the power to invalidate unconstitutional legislation in this country since 1867. If judicial independence was a "constitutional" principle in the broad sense in nineteenth-century Britain, and that principle was continued or established in Canada as a result of the preamble to the *Constitution Act, 1867*, why should Canadian courts resile from enforcing this principle by striking down incompatible legislation?

On pourrait peut-être affirmer que le raisonnement qui précède n'est qu'une argutie de forme. Après tout, c'est la Constitution qui est suprême au Canada, pas les législatures. Les tribunaux sont habilités à invalider les lois inconstitutionnelles dans notre pays depuis 1867. Si l'indépendance de la magistrature était un principe «constitutionnel» au sens large donné à ce terme au XIX^e siècle en Grande-Bretagne, et que ce principe ait été maintenu ou établi au Canada par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pourquoi les tribunaux canadiens devraient-ils s'abstenir de l'appliquer pour annuler des dispositions incompatibles?

313 One answer to this question is the ambit of the *Act of Settlement*. The protection it accorded was limited to superior courts, specifically the central courts of common law; see Lederman, *supra*, at p. 782. It did not apply to inferior courts. While subsequent legislation did provide limited protection for the independence of the judges of certain statutory courts, such as the county courts, the courts there were not regarded as within the ambit of the "constitutional" protection in the British sense. Generally the independence and impartiality of these courts were ensured to litigants through the superintendence exercised over them by the superior courts by way of prerogative writs and other extraordinary remedies. The overall task of protection sought to be created for inferior courts in the present appeals seems to me to be made of insubstantial cloth, and certainly in no way similar to anything to be found in the United Kingdom.

La portée de l'*Act of Settlement* fournit une réponse à cette question. Cette loi ne protégeait que les cours supérieures, plus précisément les cours centrales de common law; voir Lederman, *loc. cit.*, à la p. 782. Elle ne protégeait pas les tribunaux inférieurs. Même si des lois subséquentes ont effectivement accordé une protection limitée à l'indépendance des juges de certaines cours créées par la loi, comme les cours de comté, les cours anglaises n'étaient pas considérées comme des tribunaux bénéficiant de la protection «constitutionnelle» au sens britannique de ce terme. D'une manière générale, l'indépendance et l'impartialité de ces tribunaux étaient garanties aux justiciables grâce à la surveillance exercée par les cours supérieures au moyen des brefs de prérogative et d'autres recours extraordinaires. La fonction générale de protection qu'on cherche à créer en faveur des tribunaux inférieurs dans les présents pourvois me semble être faite d'une étoffe peu solide, et ne s'apparente certes d'aucune façon à quoi que ce soit au Royaume-Uni.

314 A more general answer to the question lies in the nature of the power of judicial review. The ability to nullify the laws of democratically elected representatives derives its legitimacy from a super-legislative source: the text of the Constitution. This foundational document (in Canada, a series of documents) expresses the desire of the people to limit

La nature du pouvoir de contrôle judiciaire fournit une réponse plus générale à cette question. Le pouvoir d'annuler les lois adoptées par des représentants démocratiquement élus tire sa légitimité d'une source supra-législative: le texte de la Constitution. Ce document fondamental (au Canada, il s'agit de plusieurs documents) exprime le désir du

the power of legislatures in certain specified ways. Because our Constitution is entrenched, those limitations cannot be changed by recourse to the usual democratic process. They are not cast in stone, however, and can be modified in accordance with a further expression of democratic will: constitutional amendment.

Judicial review, therefore, is politically legitimate only insofar as it involves the interpretation of an authoritative constitutional instrument. In this sense, it is akin to statutory interpretation. In each case, the court's role is to divine the intent or purpose of the text as it has been expressed by the people through the mechanism of the democratic process. Of course, many (but not all) constitutional provisions are cast in broad and abstract language. Courts have the often arduous task of explicating the effect of this language in a myriad of factual circumstances, many of which may not have been contemplated by the framers of the Constitution. While there are inevitable disputes about the manner in which courts should perform this duty, for example by according more or less deference to legislative decisions, there is general agreement that the task itself is legitimate.

This legitimacy is imperiled, however, when courts attempt to limit the power of legislatures without recourse to express textual authority. From time to time, members of this Court have suggested that our Constitution comprehends implied rights that circumscribe legislative competence. On the theory that the efficacy of parliamentary democracy requires free political expression, it has been asserted that the curtailment of such expression is *ultra vires* both provincial legislatures and the federal Parliament: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 328 (*per* Abbott J.); *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 57 (*per* Beetz J.); see also: *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-35 (*per* Duff C.J.), and at pp. 145-46 (*per* Cannon J.); *Switzman, supra*, at pp. 306-7 (*per* Rand J.); *OPSEU, supra*, at p. 25 (*per* Dickson C.J.); *Fraser*

peuple de limiter, de certaines façons précises, le pouvoir des législatures. Comme notre Constitution est écrite, ces limites ne peuvent pas être modifiées par le recours au processus démocratique habituel. Toutefois, elles ne sont pas immuables et peuvent être modifiées au moyen d'une autre forme d'expression de la volonté du peuple: la modification constitutionnelle.

Le contrôle judiciaire n'est donc politiquement légitime que dans la mesure où il met en jeu l'interprétation d'un document constitutionnel qui fait autorité. Dans ce sens, il s'apparente à l'interprétation des lois. Dans chaque affaire, le rôle du tribunal consiste à deviner l'intention ou l'objet du texte tel que l'a exprimé le peuple au moyen du mécanisme du processus démocratique. Évidemment, bien des dispositions constitutionnelles (mais pas toutes) sont libellées dans un langage général et abstrait. Les tribunaux ont la tâche, souvent ardue, d'expliquer l'effet de ce langage dans une myriade de situations qui, dans bien des cas, n'ont peut-être pas été envisagées par les rédacteurs de la Constitution. Bien qu'il existe d'inévitables désaccords sur la façon dont les tribunaux devraient accomplir cette tâche, par exemple en manifestant plus ou moins de retenue envers les décisions du législateur, tous s'accordent pour dire que cette fonction est elle-même légitime.

Toutefois, cette légitimité est compromise lorsque les tribunaux tentent de limiter le pouvoir des législatures sans s'appuyer sur des textes explicites. À l'occasion, des juges de notre Cour ont dit que notre Constitution comporte des droits implicites qui limitent les pouvoirs des législateurs. Suivant la théorie que l'efficacité de la démocratie parlementaire exige la liberté d'expression politique, il a été affirmé que la réduction de cette liberté d'expression outrepassé les pouvoirs tant des législatures provinciales que du Parlement fédéral: *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 328 (le juge Abbott); *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, à la p. 57 (le juge Beetz); voir aussi *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132 à 135 (le juge en chef Duff), et aux pp. 145 et 146 (le juge Cannon); *Switzman*, précité, aux pp. 306 et 307 (le

315

316

v. Public Service Staff Relations Board, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63 (per Dickson C.J.); *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 584 (per McIntyre J.).

317

This theory, which is not so much an “implied bill of rights”, as it has so often been called, but rather a more limited guarantee of those communicative freedoms necessary for the existence of parliamentary democracy, is not without appeal. An argument can be made that, even under a constitutional structure that deems Parliament to be supreme, certain rights, including freedom of political speech, should be enforced by the courts in order to safeguard the democratic accountability of Parliament. Without this limitation of its powers, the argument runs, Parliament could subvert the very process by which it acquired its legitimacy as a representative, democratic institution; see F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), at pp. 18-21; Dale Gibson, “Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights” (1966-67), 12 *McGill L.J.* 497. It should be noted, however, that the idea that the Constitution contemplates implied protection for democratic rights has been rejected by a number of eminent jurists as being incompatible with the structure and history of the Constitution; see *Attorney General for Canada and Dupond v. Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 796 (per Beetz J.); Bora Laskin, “An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights” (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 100-103; Paul C. Weiler, “The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism” (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, at p. 344; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 2, at pp. 31-12 and 31-13.

318

Whatever attraction this theory may hold, and I do not wish to be understood as either endorsing or rejecting it, it is clear in my view that it may not be used to justify the notion that the preamble to the *Constitution Act, 1867* contains implicit protection for judicial independence. Although it has been suggested that guarantees of political freedom flow

juge Rand); *SEFPO*, précité, à la p. 25 (le juge en chef Dickson); *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463 (le juge en chef Dickson); *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, à la p. 584 (le juge McIntyre).

Cette théorie, qui n'est pas tant une «déclaration des droits implicite», comme on l'a souvent appelée, qu'une garantie plus limitée des libertés d'expression nécessaires à l'existence de la démocratie parlementaire, ne manque pas d'attrait. Il est possible de soutenir que, même dans une structure constitutionnelle où le Parlement est réputé suprême, les tribunaux devraient faire respecter certains droits, dont la liberté d'expression politique, afin de protéger le principe de la responsabilité du Parlement devant le peuple. Suivant cet argument, sans cette limitation de ses pouvoirs, le Parlement pourrait subvertir le processus même par lequel il a acquis sa légitimité en tant qu'institution démocratique et représentative; voir F. R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism* (1959), aux pp. 18 à 21; Dale Gibson, «Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights» (1966-67), 12 *R.D. McGill* 497. Il convient toutefois de souligner que l'idée que la Constitution protège implicitement les droits démocratiques a été rejetée par un certain nombre d'éminents juristes en raison de son incompatibilité avec la structure et l'historique de la Constitution; voir *Procureur général du Canada et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, à la p. 796 (le juge Beetz); Bora Laskin, «An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights» (1959), 37 *R. du B. can.* 77, aux pp. 100 à 103; Paul C. Weiler, «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism» (1973), 23 *U.T.L.J.* 307, à la p. 344; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 2, aux pp. 31-12 et 31-13.

Quel que soit l'attrait que puisse avoir cette théorie, et je ne désire pas qu'on interprète mes remarques comme une acceptation ou un rejet de celle-ci, il est clair, selon moi, qu'on ne peut l'invoquer pour justifier l'idée que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège implicitement l'indépendance de la magistrature. Il a été dit

from the preamble, as I have discussed in relation to judicial independence, this position is untenable. The better view is that if these guarantees exist, they are implicit in s. 17 of the *Constitution Act, 1867*, which provides for the establishment of Parliament; see Gibson, *supra*, at p. 498. More important, the justification for implied political freedoms is that they are supportive, and not subversive, of legislative supremacy. That doctrine holds that democratically constituted legislatures, and not the courts, are the ultimate guarantors of civil liberties, including the right to an independent judiciary. Implying protection for judicial independence from the preambular commitment to a British-style constitution, therefore, entirely misapprehends the fundamental nature of that constitution.

This brings us back to the central point: to the extent that courts in Canada have the power to enforce the principle of judicial independence, this power derives from the structure of Canadian, and not British, constitutionalism. Our Constitution expressly contemplates both the power of judicial review (in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*) and guarantees of judicial independence (in ss. 96-100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 11(d) of the *Charter*). While these provisions have been interpreted to provide guarantees of independence that are not immediately manifest in their language, this has been accomplished through the usual mechanisms of constitutional interpretation, not through recourse to the preamble. The legitimacy of this interpretive exercise stems from its grounding in an expression of democratic will, not from a dubious theory of an implicit constitutional structure. The express provisions of the Constitution are not, as the Chief Justice contends, "elaborations of the underlying, unwritten, and organizing principles found in the preamble to the *Constitution Act, 1867*" (para. 107). On the contrary, they are the

que les garanties de liberté politique découlent du préambule, mais, comme je l'ai mentionné dans mon analyse de l'indépendance judiciaire, cette position est intenable. Il faut plutôt dire que, si cette liberté est garantie, elle l'est implicitement par l'art. 17 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit la création du Parlement; voir Gibson, *loc. cit.*, à la p. 498. Plus important encore, la justification de libertés politiques implicites réside dans le fait que ces libertés appuient la suprématie législative au lieu de la subvertir. Suivant cette théorie, ce sont les législatures démocratiquement constituées, et non les tribunaux, qui sont les garants, en dernier ressort, des libertés civiles, y compris du droit à un pouvoir judiciaire indépendant. Par conséquent, inférer la protection de l'indépendance de la magistrature du désir exprimé dans le préambule de se doter d'une constitution d'inspiration britannique c'est se méprendre complètement sur la nature fondamentale de cette constitution.

Cette constatation nous ramène à l'argument central: dans la mesure où les tribunaux canadiens ont le pouvoir de faire respecter le principe de l'indépendance de la magistrature, ce pouvoir découle de la structure du constitutionnalisme canadien, et non du constitutionnalisme britannique. Notre Constitution prévoit expressément et le pouvoir de contrôle judiciaire (à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et des garanties d'indépendance de la magistrature (aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'al. 11d) de la *Charte*). Bien que ces dispositions aient été interprétées comme accordant des garanties d'indépendance qui ne ressortent pas de façon manifeste de leur libellé, elles l'ont été au moyen des mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle et non par le recours au préambule. La légitimité de cette démarche interprétative découle de son assise sur une expression de la volonté démocratique, et non d'une théorie douteuse quant à l'existence d'une structure constitutionnelle implicite. Les dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le Juge en chef, «l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*» (par. 107). Au contraire, ils sont la Constitu-

Constitution. To assert otherwise is to subvert the democratic foundation of judicial review.

320 In other words, the approach adopted by the Chief Justice, in my view, misapprehends the nature of the *Constitution Act, 1867*. The Act was not intended as an abstract document on the nature of government. The philosophical underpinnings of government in a British colony were a given, and find expression in the preamble. The Act was intended to create governmental and judicial structures for the maintenance of a British system of government in a federation of former British colonies. Insofar as there were limits to legislative power in Canada, they flowed from the terms of the Act (it being a British statute) that created them and *vis-à-vis* Great Britain the condition of dependency that prevailed in 1867. In considering the nature of the structures created, it was relevant to look at the principles underlying their British counterparts as the preamble invites the courts to do.

321 In considering the nature of the Canadian judicial system in light of its British counterpart, one should observe that only the superior courts' independence and impartiality were regarded as "constitutional". The independence and impartiality of inferior courts were, in turn, protected through the superintending functions of the superior courts. They were not protected directly under the relevant British "constitutional" principles.

322 This was the judicial organization that was adopted for this country, with adaptations suitable to Canadian conditions, in the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*. In reviewing these provisions, it is worth observing that the courts given constitutional protection are expressly named. The existing provincial inferior courts are not mentioned, and, indeed, the Probate Courts of some provinces were expressly excluded. Given that the express provisions dealing with constitutional protection for judicial independence have specifically spelled out their application, it seems

tion. Affirmer autre chose c'est subvertir le fondement démocratique du contrôle judiciaire.

En d'autres termes, l'approche adoptée par le Juge en chef méconnaît, selon moi, la nature de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette loi n'a pas été conçue comme un document abstrait sur la nature du gouvernement. Les fondements philosophiques du gouvernement dans une colonie britannique étaient un fait établi, et ils trouvent leur expression dans le préambule. La *Loi constitutionnelle de 1867* visait à créer les structures gouvernementales et judiciaires propres au maintien d'un système de gouvernement britannique dans une fédération d'anciennes colonies britanniques. Dans la mesure où des limites étaient imposées au pouvoir législatif au Canada, elles découlaient des termes de la loi (il s'agit d'une loi britannique) qui les a créées et, vis-à-vis de la Grande-Bretagne, de la situation de dépendance qui existait en 1867. Dans l'examen de la nature des structures créées, il était opportun de prendre en considération les principes sur lesquels reposent leurs équivalents britanniques, comme le préambule invite les tribunaux à le faire.

Dans l'examen de la nature du système judiciaire canadien, sous l'éclairage de son équivalent britannique, il convient de signaler que seules l'indépendance et l'impartialité des cours supérieures étaient considérées comme «constitutionnelles». L'indépendance et l'impartialité des tribunaux inférieurs étaient, quant à elles, protégées par les cours supérieures, dans l'exercice de leurs fonctions de surveillance. Elles n'étaient pas directement protégées par les principes «constitutionnels» britanniques pertinents.

Voilà l'organisation judiciaire qui a été adoptée pour notre pays, avec les adaptations nécessaires à la situation canadienne, dans les dispositions relatives au pouvoir judiciaire de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l'examen de ces dispositions, il convient de souligner que les tribunaux qui se sont vu accorder une protection constitutionnelle sont expressément nommés. Les cours provinciales de juridiction inférieure existantes ne sont pas mentionnées et, de fait, les cours de vérification de certaines provinces ont été expressément exclues. Étant donné que les dispositions traitant expressément

strained to extend the ambit of this protection by reference to a general preambular statement. As the majority stated in *McVey (Re)*, [1992] 3 S.C.R. 475, at p. 525, "it would seem odd if general words in a preamble were to be given more weight than the specific provisions that deal with the matter".

This is a matter of no little significance for other reasons. If one is to give constitutional protection to courts generally, one must be able to determine with some precision what the term "court" encompasses. It is clear both under the *Constitution Act, 1867* as well as under s. 11(d) of the *Charter* what courts are covered, those under the *Constitution Act, 1867* arising under historic events in British constitutional history, those in s. 11(d) for the compelling reasons already given, namely protection for persons accused of an offence. But what are we to make of a general protection for courts such as that proposed by the Chief Justice? The word "court" is a broad term and can encompass a wide variety of tribunals. In the province of Quebec, for example, the term is legislatively used in respect of any number of administrative tribunals. Are we to include only those inferior courts applying ordinary jurisdiction in civil matters, or should we include all sorts of administrative tribunals, some of which are of far greater importance than ordinary civil courts? And if we do, is a distinction to be drawn between different tribunals and on the basis of what principles is this to be done?

These are some of the issues that have persuaded me that this Court should not precipitously, and without the benefit of argument of any real relevance to the case before us, venture forth on this uncharted sea. It is not as if the law as it stands is devoid of devices to ensure independent and impartial courts and tribunals. Quite the contrary, I

ment de la protection constitutionnelle de l'indépendance de la magistrature précisent clairement à qui elles s'appliquent, il semble exagéré d'étendre la portée de cette protection en se référant à une déclaration générale faite dans un préambule. Comme il a été dit dans le jugement de la majorité dans *McVey (Re)*, [1992] 3 R.C.S. 475, à la p. 525, «il serait étrange qu'il faille accorder plus d'importance aux termes généraux d'un préambule qu'aux dispositions qui traitent spécifiquement de la question».

Cette question revêt une importance considérable pour d'autres raisons. Pour pouvoir accorder une protection constitutionnelle aux tribunaux en général, il faut être en mesure de définir avec une certaine précision ce qu'englobe le terme «tribunal». L'identité des tribunaux visés par la *Loi constitutionnelle de 1867* de même que ceux visés par l'al. 11d) de la *Charte* ne fait pas de doute: ce sont ceux qui sont visés par la *Loi constitutionnelle de 1867*, eu égard aux événements historiques de l'histoire constitutionnelle britannique, et ceux qui sont prévus à l'al. 11d) pour les raisons convaincantes déjà fournies, savoir la protection des personnes faisant l'objet d'une inculpation. Mais que faut-il déduire d'une protection générale des tribunaux comme celle que propose le Juge en chef? Le mot «tribunal» est un terme général, pouvant désigner un grand nombre de tribunaux. Dans la province de Québec, par exemple, le législateur emploie ce terme pour désigner un certain nombre de tribunaux administratifs. Devons-nous inclure uniquement les cours inférieures exerçant une juridiction civile ordinaire, ou devrions-nous inclure toutes sortes de tribunaux administratifs, dont certains sont beaucoup plus importants que les cours civiles ordinaires? Et si nous le faisons, doit-on faire une distinction entre les différents tribunaux et, si oui, en fonction de quels principes?

Voilà certains points qui m'ont convaincu que notre Cour ne devrait pas s'aventurer précipitamment sur ce terrain inexploré, sans l'avantage d'une argumentation véritablement pertinente à la présente espèce. Le droit en vigueur n'est pas dépourvu de mécanismes pour garantir l'existence de tribunaux indépendants et impartiaux. Bien au

would emphasize that the express protections for judicial independence set out in the Constitution are broad and powerful. They apply to all superior court and other judges specified in s. 96 of the *Constitution Act, 1867* as well as to inferior (provincial) courts exercising criminal jurisdiction. Nothing presented in these appeals suggests that these guarantees are not sufficient to ensure the independence of the judiciary as a whole. The superior courts have significant appellate and supervisory jurisdiction over inferior courts. If the impartiality of decisions from inferior courts is threatened by a lack of independence, any ensuing injustice may be rectified by the superior courts.

contraire, je tiens à souligner que les mesures expresses de protection de l'indépendance de la magistrature prévues par la Constitution sont étendues et puissantes. Elles s'appliquent à tous les juges des cours supérieures et des autres cours précisées à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi qu'à ceux des cours inférieures (provinciales) exerçant une juridiction pénale. Rien de ce qui a été présenté dans les présents pourvois n'indique que ces mesures sont insuffisantes pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire dans son ensemble. Les cours supérieures ont une compétence importante en matière d'appel et de surveillance vis-à-vis des cours inférieures. Si l'impartialité des décisions rendues par les tribunaux inférieurs est menacée par leur manque d'indépendance, les cours supérieures peuvent corriger les injustices qui en résultent.

325

Should the foregoing provisions be found wanting, the *Charter* may conceivably be brought into play. Thus it is possible that protection for the independence for courts charged with determining the constitutionality of government action inheres in s. 24(1) of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. It could be argued that the efficacy of those provisions, which empower courts to grant remedies for *Charter* violations and strike down unconstitutional laws, respectively, depends upon the existence of an independent and impartial adjudicator. The same may possibly be said in certain cases involving the applicability of the guarantees of liberty and security of the person arising in a non-penal setting. I add that these various possibilities may be seen to be abetted by the commitment to the rule of law expressed in the preamble to the *Charter*. These, however, are issues I would prefer to explore when they are brought before us for decision.

Si les dispositions qui précèdent se révélaient insuffisantes, il est concevable que la *Charte* puisse entrer en jeu. Il est donc possible que la protection de l'indépendance des tribunaux chargés de statuer sur la constitutionnalité de mesures gouvernementales soit intrinsèquement prévue au par. 24(1) de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On pourrait soutenir que l'efficacité de ces dispositions qui, respectivement, autorisent les tribunaux à accorder des réparations à l'égard des atteintes à la *Charte* et à déclarer inopérantes les lois inconstitutionnelles, dépend de l'existence d'un arbitre indépendant et impartial. Peut-être qu'il en est de même dans certaines affaires portant sur l'applicabilité du droit à la liberté et du droit à la sécurité de la personne en contexte non pénal. J'ajoute qu'il est possible de considérer que ces différentes possibilités trouvent appui dans la reconnaissance de la primauté du droit exprimée dans le préambule de la *Charte*. Ce sont toutefois des questions que je préférerais examiner quand elles seront soumises à notre Cour pour décision.

III. Financial Security

III. La sécurité financière

326

I turn now to the main issue in these appeals: whether the governments of Prince Edward Island, Alberta and Manitoba violated s. 11(d) of the *Charter* by compromising the financial security of

J'aborde maintenant la principale question en litige dans les présents pourvois: les gouvernements de l'Île-du-Prince-Édouard, de l'Alberta et du Manitoba ont-ils enfreint l'al. 11(d) de la *Charte*

provincial court judges. In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, this Court held that the guarantee of an independent judiciary set out in s. 11(d) requires that tribunals exercising criminal jurisdiction exhibit three "essential conditions" of independence: security of tenure, financial security and institutional independence. The Court also found that judicial independence involves both individual and institutional relationships. It requires, in other words, both the individual independence of a particular judge and the institutional or collective independence of the tribunal of which that judge is a member.

Building on *Valente*, the Chief Justice concludes in the present appeals that the financial security component of judicial independence has both individual and institutional dimensions. The institutional dimension, in his view, has three components. One of these — the principle that reductions to judicial remuneration cannot diminish salaries to a point below a basic minimum level required for the office of a judge — is unobjectionable. As there has been no suggestion in these appeals that the salaries of provincial court judges have been reduced to such a level, I need not comment further on this issue.

The Chief Justice also finds, as a general principle, that s. 11(d) of the *Charter* permits governments to reduce, increase or freeze the salaries of provincial court judges, either as part of an overall economic measure which affects the salaries of all persons paid from the public purse, or as part of a measure directed at judges as a class. I agree. He goes on to hold, however, that before such changes can be made, governments must consider and respond to the recommendations of an independent "judicial compensation commission". He further concludes that s. 11(d) forbids, under any circumstances, discussions about remuneration between the judiciary and the government.

en portant atteinte à la sécurité financière des juges de cours provinciales. Dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, notre Cour a statué que la garantie d'indépendance du pouvoir judiciaire prévue à l'al. 11d) exige que les tribunaux exerçant une juridiction pénale satisfassent aux trois «conditions essentielles» de l'indépendance: l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle. La Cour a également conclu que l'indépendance de la magistrature comporte des dimensions tant individuelles qu'institutionnelles. Elle exige, en d'autres mots, l'indépendance individuelle de chaque juge d'un tribunal et l'indépendance institutionnelle ou collective de ce tribunal.

S'appuyant sur l'arrêt *Valente*, le Juge en chef conclut, dans les présents pourvois, que l'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire a des dimensions à la fois individuelles et institutionnelles. Selon lui, la dimension institutionnelle se compose de trois éléments. L'un d'eux — le principe selon lequel la réduction de la rémunération des juges ne peut avoir pour effet de ramener les traitements à un niveau inférieur au niveau minimal de base requis pour occuper la charge de juge — est acceptable. Comme personne n'a prétendu, dans le cadre des présents pourvois, que les traitements des juges des cours provinciales ont été ramenés à un tel niveau, je n'ai pas besoin de commenter davantage cette question.

Le Juge en chef conclut en outre que, en règle générale, l'al. 11d) de la *Charte* permet aux gouvernements de réduire, de hausser ou de bloquer les traitements des juges des cours provinciales soit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant les salaires de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, soit dans le cadre d'une mesure visant les juges en tant que catégorie. Je suis d'accord avec lui. Toutefois, il poursuit en disant qu'avant d'apporter de tels changements, les gouvernements doivent examiner et répondre aux recommandations d'une «commission [indépendante] chargée d'examiner la rémunération des juges». Puis il conclut que l'al. 11d) interdit, en toutes circonstances, les discussions salariales entre les juges et le gouvernement.

327

328

329

I am unable to agree with these conclusions. While both salary commissions and a concomitant policy to avoid discussing remuneration other than through the making of representations to commissions may be desirable as matters of legislative policy, they are not mandated by s. 11(d) of the *Charter*. I begin with an examination of the text of the Constitution. Section 11(d) of the *Charter* provides as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

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

By its express terms, s. 11(d) grants the right to an independent tribunal to persons “charged with an offence”. The guarantee of judicial independence inhering in s. 11(d) redounds to the benefit of the judged, not the judges; see *Gratton v. Canadian Judicial Council*, [1994] 2 F.C. 769 (T.D.), at p. 782; Philip B. Kurland, “The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History” (1968-69), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665, at p. 698. Section 11(d), therefore, does not grant judges a level of independence to which they feel they are entitled. Rather, it guarantees only that degree of independence necessary to ensure that accused persons receive fair trials.

330

This Court has confirmed that s. 11(d) does not guarantee an “ideal” level of judicial independence. After referring to a number of reports and studies on judicial independence calling for increased safeguards, Le Dain J. had this to say in *Valente, supra*, at pp. 692-93:

These efforts, particularly by the legal profession and the judiciary, to strengthen the conditions of judicial independence in Canada may be expected to continue as a movement towards the ideal. It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the Charter, which may have to be applied to a variety of tribunals. The legislative and constitutional provisions in Canada

Je suis incapable de souscrire à ces conclusions. Bien que l'établissement de commissions de rémunération et d'une politique concomitante interdisant de discuter de rémunération autrement que par la présentation d'observations à ces commissions puissent être des mesures souhaitables du point de vue de la politique législative, l'al. 11d) de la *Charte* ne les rend pas obligatoires. Je commence par un examen du texte de la Constitution. L'alinéa 11d) de la *Charte* dispose:

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

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

Cette disposition accorde expressément aux «inculpés» le droit d'être jugés par un tribunal indépendant. La garantie d'indépendance judiciaire prévue à l'al. 11d) bénéficie aux personnes jugées et non aux juges; voir *Gratton c. Conseil canadien de la magistrature*, [1994] 2 C.F. 769 (1^{re} inst.), à la p. 782; Philip B. Kurland, «The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History» (1968-69), 36 *U. Chi. L. Rev.* 665, à la p. 698. L'alinéa 11d) n'accorde donc pas aux juges le niveau d'indépendance auquel ils estiment avoir droit. Il leur garantit plutôt uniquement le degré d'indépendance nécessaire pour faire en sorte que les inculpés subissent un procès équitable.

Notre Cour a confirmé que l'al. 11d) ne garantit pas un niveau «idéal» d'indépendance judiciaire. Après s'être référé à plusieurs rapports et études sur l'indépendance judiciaire dans lesquels des garanties accrues étaient réclamées, le juge Le Dain s'est exprimé en ces termes, dans l'arrêt *Valente*, précité, aux pp. 692 et 693:

On peut s'attendre que ces efforts, déployés particulièrement par les milieux juridique et judiciaire en vue d'affermir les conditions de l'indépendance judiciaire au Canada, vont continuer à viser l'idéal. Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législa-

governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence exhibit a great range and variety. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(d) and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed. [Emphasis added].

Similarly, in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, Lamer C.J. concluded that while the Quebec municipal court system, which allowed judges to continue to practice as lawyers was not “ideal”, it was sufficient for the purposes of s. 11(d). He remarked:

I admit that a system which allows for part-time judges is not the ideal system. However, the Constitution does not always guarantee the “ideal”. Perhaps the ideal system would be to have a panel of three or five judges hearing every case; that may be the ideal, but it certainly cannot be said to be constitutionally guaranteed. [Emphasis in original.]

As Lamer C.J. stated in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, at p. 638, “[t]he *Charter* aims to guarantee that individuals benefit from a minimum standard of fundamental rights. If Parliament chooses to grant protection over and above that which is enshrined in our *Charter*, it is always at liberty to do so.”

I also note that s. 11(d) expressly provides that accused persons have a right to a hearing that is both “independent” and “impartial”. As the Court explained in *Valente*, *supra*, independence and impartiality are discrete concepts; see also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. “Impartiality”, Le Dain J. stated for the Court in *Valente*, at p. 685, “refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case”. Impartial adjudicators, in other words, base their decisions on the merits of the case, not the identity of the litigants. Independence, in contrast, “connotes not merely a state of

tives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l’indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d’une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions essentielles de l’indépendance judiciaire, pour les fins de l’al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c’est l’essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l’indépendance judiciaire qu’il convient d’appliquer en vertu de l’al. 11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l’offrir ou l’assurer. [Je souligne.]

De même, dans *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, le juge en chef Lamer a conclu que, bien que le système de cours municipales du Québec, qui permet aux juges de continuer à exercer le droit en tant qu’avocats, n’était pas «idéal», il était suffisant pour l’application de l’al. 11d). Il a fait remarquer:

J’admets que le système qui permet d’avoir des juges à temps partiel n’est pas le système idéal. Toutefois, la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale». Le système idéal pourrait peut-être consister en une formation de trois ou cinq juges qui entendraient chaque affaire; c’est peut-être là l’idéal, mais on ne peut certainement pas dire que la Constitution le garantit. [Souligné dans l’original.]

Comme le juge en chef Lamer l’a dit dans *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, à la p. 638, «[l]a *Charte* vise à assurer aux citoyens un minimum de droits fondamentaux. Si le législateur choisit d’accorder une protection supérieure à celle que prévoit la *Charte*, libre à lui de le faire.»

Je souligne également que l’al. 11d) indique expressément que les inculpés ont le droit d’être entendus par un tribunal qui est à la fois «indépendant» et «impartial». Comme la Cour l’a expliqué dans *Valente*, précité, l’indépendance et l’impartialité sont des concepts distincts; voir aussi *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. Dans *Valente*, à la p. 685, le juge Le Dain a dit, au nom de la Cour, que «[l]’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée». En d’autres mots, les juges impartiaux basent leurs décisions sur le fond de l’affaire et

mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees" (p. 685).

332 That being said, it is important to remember that judicial independence is not an end in itself. Independence is required only insofar as it serves to ensure that cases are decided in an impartial manner. As Lamer C.J. wrote in *Lippé, supra*, at p. 139:

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a "means" to this "end". If judges could be perceived as "impartial" without judicial "independence", the requirement of "independence" would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public's perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality.

333 From the foregoing, it can be stated that the "essential objective conditions" of judicial independence for the purposes of s. 11(d) consist of those minimum guarantees that are necessary to ensure that tribunals exercising criminal jurisdiction act, and are perceived to act, in an impartial manner. Section 11(d) does not empower this or any other court to compel governments to enact "model" legislation affording the utmost protection for judicial independence. This is a task for the legislatures, not the courts.

334 With this general principle in mind, I turn to the first question at hand: does s. 11(d) require governments to establish judicial compensation commissions and consider and respond to their recommendations before changing the salaries of provincial court judges? As noted by the Chief Justice in his reasons, this Court held unanimously in *Valente, supra*, that such commissions were not required for the purposes of s. 11(d). This holding should be followed, in my opinion, not simply because it is

non sur l'identité des parties. À l'opposé, l'indépendance «connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives» (p. 685).

Cela dit, il importe de ne pas oublier que l'indépendance de la magistrature n'est pas une fin en soi. L'indépendance n'est requise que dans la mesure où elle permet de faire en sorte que les affaires soient décidées d'une manière impartiale. Comme l'a écrit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Lippé*, précité, à la p. 139:

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire.

À la lumière de ce qui précède, il est possible d'affirmer que les «conditions objectives essentielles» de l'indépendance judiciaire pour l'application de l'al. 11d) sont les garanties minimales qui sont nécessaires pour faire en sorte que les tribunaux exerçant une juridiction pénale agissent avec impartialité et soient perçus comme tels. L'alinéa 11d) n'habilite pas notre Cour ou une autre cour à forcer les gouvernements à édicter une loi «type» accordant la protection suprême à l'indépendance judiciaire. C'est aux législatures et non aux tribunaux qu'il appartient de le faire.

C'est en gardant ce principe général à l'esprit que j'aborde la première question en litige: L'alinéa 11d) oblige-t-il les gouvernements à établir des commissions chargées de la rémunération des juges ainsi qu'à examiner les recommandations faites par celles-ci et à y répondre avant de modifier les traitements des juges des cours provinciales? Comme l'a souligné le Juge en chef dans ses motifs, notre Cour a statué, dans son jugement unanime dans *Valente*, précité, que l'al. 11d) n'exi-

authoritative, but because it is grounded in reason and common sense. As I have discussed, the Chief Justice asserts that the financial security component of judicial independence has both an individual and an institutional or collective dimension. In *Valente*, the Court focused solely on the individual dimension, holding at p. 706 that “the essential point” of financial security “is that the right to salary of a provincial court judge is established by law, and there is no way in which the Executive could interfere with that right in a manner to affect the independence of the individual judge”.

I agree that financial security has a collective dimension. Judicial independence must include protection against interference with the financial security of the court as an institution. It is not enough that the right to a salary is established by law and that individual judges are protected against arbitrary changes to their remuneration. The possibility of economic manipulation also arises from changes to the salaries of judges as a class.

The fact that the potential for such manipulation exists, however, does not justify the imposition of judicial compensation commissions as a constitutional imperative. As noted above, s. 11(d) does not mandate “any particular legislative or constitutional formula”: *Valente, supra*, at p. 693; see also *Généreux, supra*, at pp. 284-85. This Court has repeatedly held that s. 11(d) requires only that courts exercising criminal jurisdiction be reasonably perceived as independent. In *Valente, supra*, Le Dain J. wrote the following for the Court at p. 689:

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*

geait pas l'établissement de telles commissions. Selon moi, cette décision devrait être suivie, pas simplement parce qu'elle fait autorité, mais parce qu'elle est fondée sur la raison et le bon sens. Comme je l'ai mentionné, le Juge en chef affirme que l'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire a une dimension individuelle ainsi qu'une dimension institutionnelle ou collective. Dans l'arrêt *Valente*, la Cour ne s'est attachée qu'à la dimension individuelle et elle a statué, à la p. 706, que «l'essentiel» de la sécurité financière «est que le droit du juge de cour provinciale à un traitement soit prévu par la loi et qu'en aucune manière l'exécutif ne puisse empiéter sur ce droit de façon à affecter l'indépendance du juge pris individuellement».

Je conviens que la sécurité financière a une dimension collective. L'indépendance judiciaire doit comprendre la protection contre les atteintes à la sécurité financière de la cour en tant qu'institution. Il ne suffit pas que le droit à un traitement soit prévu par la loi et que les juges pris individuellement soient protégés contre des changements arbitraires de leur rémunération. La possibilité de manipulation économique peut également naître de changements apportés à la rémunération des juges en tant que catégorie.

Le fait qu'une telle possibilité de manipulation existe ne justifie toutefois pas d'imposer, en tant qu'impératif constitutionnel, le recours à des commissions chargées d'examiner la rémunération des juges. Comme il a été souligné plus haut, l'al. 11(d) n'exige pas une «formule législative ou constitutionnelle particulière»: *Valente*, précité, à la p. 693; voir aussi *Généreux*, précité, aux pp. 284 et 285. Notre Cour a maintes fois statué que l'al. 11(d) exige simplement que les tribunaux exerçant une juridiction pénale soient raisonnablement perçus comme indépendants. Dans *Valente*, précité, le juge Le Dain s'est exprimé en ces termes, au nom de la Cour, à la p. 689:

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance

335

336

should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

See also: *Lippé, supra*, at p. 139; *Généreux, supra*, at p. 286.

aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Voir aussi: *Lippé, précité*, à la p. 139; *Généreux, précité*, à la p. 286.

337 In my view, it is abundantly clear that a reasonable, informed person would not perceive that, in the absence of a commission process, all changes to the remuneration of provincial court judges threaten their independence. I reach this conclusion by considering the type of change to judicial salaries that is at issue in the present appeals. It is simply not reasonable to think that a decrease to judicial salaries that is part of an overall economic measure which affects the salaries of substantially all persons paid from public funds imperils the independence of the judiciary. To hold otherwise is to assume that judges could be influenced or manipulated by such a reduction. A reasonable person, I submit, would believe judges are made of sturdier stuff than this.

À mon avis, il est très clair qu'une personne raisonnable et bien renseignée ne percevrait pas que, en l'absence d'une commission, tous les changements apportés à la rémunération des juges des cours provinciales menacent l'indépendance de ces juges. J'arrive à cette conclusion en tenant compte du type de modification des traitements des juges qui est en litige dans les présents pourvois. Il n'est tout simplement pas raisonnable de penser qu'une diminution de la rémunération des juges, qui s'inscrit dans le cadre d'une mesure économique générale touchant le traitement de presque toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics, met en péril l'indépendance de la magistrature. Statuer autrement revient à présumer que les juges pourraient être influencés ou manipulés par une telle réduction. Je suis d'avis qu'une personne raisonnable serait plutôt portée à croire que les juges sont faits d'une étoffe plus solide que cela.

338 Indeed, as support for his conclusion that s. 11(*d*) does not prohibit non-discriminatory reductions, the Chief Justice cites a number of commentators who argue that such reductions are constitutional; see Hogg, *supra*, vol. 1, at p. 7-6; Lederman, *supra*, at pp. 795, 1164; Wayne Renke, *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee* (1994), at p. 30. As

De fait, au soutien de sa conclusion que l'al. 11*d*) n'interdit pas les réductions non discriminatoires, le Juge en chef cite plusieurs commentateurs qui affirment que de telles réductions sont constitutionnelles; voir Hogg, *op. cit.*, vol. 1, à la p. 7-6; Lederman, *loc. cit.*, aux pp. 795 et 1164; Wayne Renke, *Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee* (1994),

stated by Professor Renke, “[w]here economic measures apply equally to clerks, secretaries, managers, public sector workers of all grades and departments, as well as judges, how could judges be manipulated?” If this is the case, why is it necessary to require the intervention of an independent commission before the government imposes such reductions?

The Chief Justice addresses this question by expressing sympathy for the view that salary reductions that treat judges in the same manner as civil servants undermine judicial independence “precisely because they create the impression that judges are merely public employees and are not independent of the government” (para. 157 (emphasis in original)). Judicial independence, he concludes, “can be threatened by measures which treat judges either differently from, or identically to, other persons paid from the public purse” (para. 158). In order to guard against this threat, the argument goes, governments are required to have recourse to the commission process before any changes to remuneration are made.

With respect, I fail to see the logic in this position. In *Valente, supra*, this Court rejected the argument that the institutional independence of provincial court judges was compromised by the fact that they were treated as civil servants for the purposes of pension and other financial benefits and the executive exercised control over the conferring of such discretionary benefits as post-retirement reappointment, leaves of absence and the right to engage in extra-judicial appointments. The contention was that the government’s control over these matters was calculated to make the court appear as a branch of the executive and the judges as civil servants. This impression, it was argued, was reinforced by the manner in which the court and its judges were associated with the Ministry of the Attorney General in printed material intended for public information.

à la p. 30. Comme l’a dit le professeur Renke, [TRADUCTION] «[c]omment les juges pourraient-ils être manipulés si les mesures économiques en cause s’appliquent également aux employés du secteur public des différents ministères et de tous niveaux, qu’ils soient commis, secrétaires ou gestionnaires?» Si tel est le cas, pourquoi est-il nécessaire d’exiger l’intervention d’une commission indépendante avant que le gouvernement n’impose de telles réductions?

Le Juge en chef répond à cette question en se montrant favorable à l’opinion que les réductions de rémunération qui traitent les juges de la même manière que les fonctionnaires sapent l’indépendance judiciaire «précisément parce qu’elles créent l’impression que les juges sont simplement des employés de l’État et qu’ils ne sont pas indépendants du gouvernement» (par. 157 (souligné dans l’original)). Il conclut que l’indépendance de la magistrature «peut être menacée par des mesures qui soit traitent les juges différemment des autres personnes rémunérées sur les fonds publics, soit les traitent de façon identique» (par. 158). Suivant cet argument, les gouvernements doivent, pour parer à cette menace, recourir à une commission avant d’apporter des changements à la rémunération des juges.

En toute déférence, je ne saisis pas la logique de ce point de vue. Dans *Valente*, précité, notre Cour a rejeté l’argument selon lequel l’indépendance institutionnelle des juges de cours provinciales était compromise par le fait que les juges étaient considérés comme des fonctionnaires aux fins des pensions et d’autres avantages financiers, et que l’exécutif avait le pouvoir d’attribuer des bénéfices discrétionnaires comme les nouvelles nominations après l’âge de la retraite, les congés et le droit de s’adonner à des activités extra-judiciaires. On a soutenu que le pouvoir du gouvernement sur ces questions était conçu de manière à faire percevoir la cour comme un organe de l’exécutif et les juges comme des fonctionnaires. Cette impression, a-t-on dit, était renforcée par la manière dont la cour et ses juges étaient associés au ministère du Procureur général dans les brochures destinées à informer le public.

341

In *Valente*, the Court held that none of these factors could reasonably be perceived to compromise the institutional independence of the judiciary. All that is required, Le Dain J. stated for the Court at p. 712, is that the judiciary retain control over “the administrative decisions that bear directly and immediately on the exercise of the judicial function”. Similarly, the fact that changes to judicial salaries are linked, along with other persons paid from the public purse, to changes made to the remuneration of civil servants does not create the impression that judges are public employees who are not independent from government. It must be remembered that the test for judicial independence incorporates the perception of the reasonable, informed person. As noted by the Chief Justice in his reasons, the question is “whether a reasonable person, who was informed of the relevant statutory provisions, their historical background and the traditions surrounding them, after viewing the matter realistically and practically would conclude (that the tribunal or court was independent)” (para. 113). In my view, such a person would not view the linking of judges’ salaries to those of civil servants as compromising judicial independence.

342

The threat to judicial independence that arises from the government’s power to set salaries consists in the prospect that judges will be influenced by the possibility that the government will punish or reward them financially for their decisions. Protection against this potentiality is the *raison d’être* of the financial security component of judicial independence. There is virtually no possibility that such economic manipulation will arise where the government makes equivalent changes to the remuneration of all persons paid from public funds. The fact that such a procedure might leave some members of the public with the impression that provincial court judges are public servants is thus irrelevant. A reasonable, informed person

Dans *Valente*, la Cour a statué qu’aucun de ces facteurs ne pouvait raisonnablement être perçu comme ayant pour effet de porter atteinte à l’indépendance institutionnelle de la magistrature. Tout ce qui est requis, a déclaré le juge Le Dain, au nom de la Cour à la p. 712, c’est que les juges conservent le pouvoir de prendre «[l]es décisions administratives qui portent directement et immédiatement sur l’exercice des fonctions judiciaires». De même, le fait que les changements apportés aux traitements des juges et à ceux d’autres personnes rémunérées sur les fonds publics soient liés aux changements apportés à la rémunération des fonctionnaires ne crée pas l’impression que les juges sont des employés de l’État et qu’ils ne sont pas indépendants du gouvernement. Il ne faut pas oublier que le critère applicable à l’indépendance judiciaire comprend la perception de la personne raisonnable et bien renseignée. Comme l’a fait remarquer le Juge en chef dans ses motifs, la question est de savoir «si une personne raisonnable, informée des dispositions législatives pertinentes, de leur historique et des traditions les entourant, après avoir envisagé la question de façon réaliste et pratique, conclurait (que le tribunal ou la cour est indépendant)» (par. 113). Selon moi, une telle personne ne considérerait pas que l’établissement d’un lien entre la rémunération des juges et celle des fonctionnaires compromet l’indépendance de la magistrature.

La menace pour l’indépendance judiciaire que constitue le pouvoir du gouvernement de fixer les traitements réside dans le fait que les juges seront peut-être influencés par la possibilité que le gouvernement les punisse ou les récompense financièrement pour les décisions qu’ils rendent. La protection contre cette possibilité est la *raison d’être* de l’aspect sécurité financière de l’indépendance judiciaire. Il est pratiquement impossible qu’une telle manipulation financière se produise lorsque le gouvernement apporte des changements équivalents à la rémunération de toutes les personnes payées sur les fonds publics. Le fait qu’une telle mesure puisse donner à certains membres du public l’impression que les juges des cours provin-

would not perceive any infringement of the judges' financial security.

In his reasons, the Chief Justice asserts that, where the government chooses to depart from the recommendations of the judicial compensation commission, it must justify its decision according to a standard of rationality. He goes on to state, however, that across-the-board measures affecting substantially every person who is paid from the public purse are *prima facie* rational because they are typically designed to further a larger public interest. If this is true, and I have no doubt that it is, little is gained by going through the commission process in these circumstances. Under the Chief Justice's approach, governments are free to reduce the salaries of judges, in concert with all other persons paid from public funds, so long as they set up a commission whose recommendations they are for all practical purposes free to ignore. In my view, this result represents a triumph of form over substance.

Although I have framed my argument in terms of reductions to judicial salaries that are part of across-the-board measures applying throughout the public sector, the same logic applies, *a fortiori*, to salary freezes and increases. In my view, furthermore, governments may make changes to judicial salaries that are not paralleled by equivalent changes to the salaries of other persons paid from public funds. As I will develop later, changes, and especially decreases, to judicial salaries that are not part of an overall public measure should be subject to greater scrutiny than those that are. Under the reasonable perception test, however, commissions are not a necessary condition of independence. Of course, the existence of such a process may go a long way toward showing that a given change to judges' salaries does not threaten their independence. Requiring commissions *a priori*, however, is tantamount to enacting a new constitutional provision to extend the protection provided by s. 11(d). Section 11(d) requires only that tribunals exercising criminal jurisdiction be inde-

ciales sont des fonctionnaires est donc dénué de pertinence. Une personne raisonnable et bien renseignée n'y verrait aucune atteinte à la sécurité financière des juges.

Dans ses motifs, le Juge en chef affirme que, si le gouvernement décide d'écarter les recommandations de la commission de rémunération des juges, il doit justifier sa décision suivant une norme de rationalité. Il ajoute toutefois que des mesures générales touchant la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics sont à première vue rationnelles parce qu'elles visent ordinairement la réalisation d'un objectif d'intérêt public plus vaste. Si c'est vrai, ce dont je ne doute pas, le recours à une commission n'apporte pas grand-chose dans de telles circonstances. Selon l'approche du Juge en chef, les gouvernements sont libres de réduire les traitements des juges, de même que ceux de toutes les autres personnes rémunérées sur les fonds publics, pourvu qu'ils établissent une commission dont ils peuvent, en pratique, écarter les recommandations. À mon avis, ce résultat constitue une victoire de la forme sur le fond.

Même si j'ai formulé mon argument dans le contexte d'une réduction des traitements des juges qui s'inscrit dans le cadre de mesures générales touchant l'ensemble du secteur public, la même logique s'applique à plus forte raison aux blocages et aux hausses des traitements. Je suis en outre d'avis que les gouvernements peuvent apporter des changements aux traitements des juges sans apporter des changements équivalents aux traitements d'autres personnes rémunérées sur les fonds publics. Comme je vais l'expliquer plus loin, les changements apportés à la rémunération des juges — en particulier les baisses de traitement — qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une mesure publique générale devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi que ceux qui s'inscrivent dans le cadre d'une telle mesure. Suivant le critère de la perception raisonnable, toutefois, l'établissement de commissions n'est pas une condition nécessaire à l'indépendance judiciaire. Évidemment, l'existence d'un tel mécanisme peut, dans une large mesure, contribuer à démontrer qu'un

343

344

pendent and impartial. To that end, it prohibits governments from acting in ways that threaten that independence and impartiality. It does not require legislatures, however, to establish what in some respects is a virtual fourth branch of government to police the interaction between the political branches and the judiciary. Judges, in my opinion, are capable of ensuring their own independence by an appropriate application of the Constitution. By employing the reasonable perception test, judges are able to distinguish between changes to their remuneration effected for a valid public purpose and those designed to influence their decisions.

changement donné à la rémunération des juges ne menace pas l'indépendance de ces derniers. Toutefois, le fait d'exiger a priori l'établissement de commissions équivaut à édicter une nouvelle disposition constitutionnelle pour étendre la protection accordée par l'al. 11*d*). Or cet alinéa exige uniquement que les tribunaux exerçant une juridiction pénale soient indépendants et impartiaux. À cette fin, il interdit aux gouvernements d'agir de façons qui menacent cette indépendance et cette impartialité. Il n'oblige toutefois pas les législatures à établir ce qui, à certains égards, équivaut pratiquement à un quatrième organe du gouvernement pour surveiller l'interaction entre les organes politiques et le pouvoir judiciaire. Selon moi, les juges sont en mesure de garantir leur propre indépendance par l'application appropriée de la Constitution. En recourant au critère de la perception raisonnable, les juges sont capables d'établir une distinction entre les changements apportés à leur rémunération pour réaliser un objectif d'intérêt général valable et les changements visant à influencer leurs décisions.

345

As I have noted, although the reasonable perception test applies to all changes to judicial remuneration, different types of changes warrant different levels of scrutiny. Although each case must be judged on its own facts, some general guiding principles can be articulated. Changes to judicial salaries that apply equally to substantially all persons paid from public funds, for example, would almost inevitably be considered constitutional. Differential increases to judicial salaries warrant a greater degree of scrutiny, although in most cases it would be relatively easy to link the increase to a legitimate governmental purpose such as a desire to attract, or continue to attract, highly qualified lawyers to the bench. Differential decreases to judicial remuneration would invite the highest level of review. This approach receives support from the fact that the constitutions of many states and a number of international instruments contain

Comme je l'ai mentionné, bien que le critère de la perception raisonnable s'applique à tous les types de changements apportés à la rémunération des juges, certains changements réclament des degrés d'examen différents. Même si chaque cas doit être jugé en fonction des faits qui lui sont propres, il est possible de formuler certains principes directeurs généraux. Ainsi, les changements apportés aux traitements des juges et qui s'appliquent de la même manière à la quasi-totalité des personnes rémunérées sur les fonds publics seraient presque inmanquablement jugés constitutionnels. Le fait que les traitements des juges fassent l'objet de hausses différentes commande un examen plus approfondi, mais il serait assez facile, dans la plupart des cas, de rattacher de telles hausses à un objectif gouvernemental légitime tel le désir de recruter ou de continuer à recruter des avocats hautement qualifiés à la magistrature. Des baisses différentes imposées à la rémunération des juges appelleraient l'examen le plus approfondi. Cette position est renforcée par le fait que la constitution de nombreux pays ainsi qu'un certain nombre d'instruments internationaux contiennent des

provisions prohibiting reductions of judicial salaries.

Determining whether a differential change raises a perception of interference is, in my view, analogous to determining whether government action is discriminatory under s. 15 of the *Charter*. In its equality jurisprudence, this Court has emphasized that discrimination means more than simply different treatment; see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. To constitute discrimination, the impugned difference in treatment must implicate the purpose of the constitutional protection in question. It is not enough to say, in other words, that judges and non-judges are treated differently. What is important is that this disparate treatment has the potential to influence the adjudicative process.

In determining this question, regard must be had to both the purpose and the effect of the impugned salary change. The reasonable perception test contemplates the possibility that a court may be found to lack independence despite the fact that the government did not act with an improper motive; see *Généreux*, *supra*, at p. 307. Purpose is nevertheless relevant. As Dickson C.J. noted in *Beauregard*, *supra*, at p. 77, legislation dealing with judges' salaries will be suspect if there is "any hint that... [it] was enacted for an improper or colourable purpose". Conversely, he stated, legislation will be constitutional where it represents an attempt "to try to deal fairly with judges and with judicial salaries and pensions" (p. 78).

In considering the effect of differential changes on judicial independence, the question that must be asked is whether the distinction between judges and other persons paid from public funds amounts to a "substantial" difference in treatment. Trivial or insignificant differences are unlikely to threaten judicial independence. If the effect of the change on the financial position of judges and others is essentially similar, a reasonable person would not perceive it as potentially influencing judges to

dispositions qui interdisent la réduction des traitements des juges.

Déterminer si une modification différente fait naître une impression d'ingérence revient, selon moi, à déterminer, en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, si une mesure gouvernementale est discriminatoire. Dans sa jurisprudence en matière d'égalité, notre Cour a souligné que la discrimination signifie bien plus qu'un traitement différent: voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Pour être discriminatoire, la différence de traitement contestée doit faire entrer en jeu l'objet de la protection constitutionnelle en question. En d'autres termes, il ne suffit pas de dire que les juges et les personnes qui ne sont pas des juges sont traités différemment. Ce qui est important, c'est la possibilité que cette différence de traitement influe sur le processus décisionnel.

Pour statuer sur cette question, il faut tenir compte à la fois de l'objet du changement de rémunération contesté et de son effet. Le critère de la perception raisonnable prévoit la possibilité qu'il soit jugé qu'un tribunal manque d'indépendance, en dépit du fait que le gouvernement n'a pas agi dans un but malhonnête; voir *Généreux*, précité, à la p. 307. L'objet est malgré tout pertinent. Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans *Beauregard*, précité, à la p. 77, une loi traitant de la rémunération des juges sera suspecte s'il y a «un indice qu'[elle a] été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux». Inversement, a-t-il dit, une loi sera constitutionnelle si elle constitue une tentative «d'essayer de traiter d'une manière équitable les juges ainsi que leurs traitements et pensions» (p. 78).

Pour examiner l'effet qu'ont des changements différents sur l'indépendance de la magistrature, la question qu'il faut poser est de savoir si la distinction faite entre les juges et d'autres personnes rémunérées sur les fonds publics se traduit par une différence «substantielle» dans la façon dont ils sont traités. Il est peu probable que des différences minimales ou négligeables menacent l'indépendance judiciaire. Si l'effet du changement sur la situation financière des juges et d'autres personnes est

346

347

348

favour or disfavour the government's interests in litigation.

essentiellement le même, une personne raisonnable n'aurait pas l'impression que ce changement pourrait amener les juges à statuer d'une manière favorable ou défavorable aux intérêts du gouvernement dans un litige.

349

I now turn to the question of discussions between the judiciary and the government over salaries. In the absence of a commission process, the only manner in which judges may have a say in the setting of their salaries is through direct dialogue with the executive. The Chief Justice terms these discussions "negotiations" and would prohibit them, in all circumstances, as violations of the financial security component of judicial independence. According to him, negotiations threaten independence because a "reasonable person might conclude that judges would alter the manner in which they adjudicate cases in order to curry favour with the executive" (para. 187).

J'en viens maintenant à la question des discussions salariales entre les juges et le gouvernement. En l'absence d'une commission, la seule façon dont les juges peuvent avoir leur mot à dire dans la fixation de leurs traitements est par l'ouverture d'un dialogue direct avec l'exécutif. Le Juge en chef appelle ces discussions des «négociations» et les interdirait, en toutes circonstances, parce qu'elles violent l'aspect sécurité financière de l'indépendance de la magistrature. Selon lui, les négociations menacent l'indépendance parce que «la personne raisonnable pourrait conclure que les juges modifieront la façon dont ils tranchent les litiges afin de chercher à gagner la faveur de l'exécutif» (par. 187).

350

In my view, this position seriously mischaracterizes the manner in which judicial salaries are set. *Valente* establishes that the fixing of provincial court judges' remuneration is entirely within the discretion of the government, subject, of course, to the conditions that the right to a salary be established by law and that the government not change salaries in a manner that raises a reasonable apprehension of interference. There is no constitutional requirement that the executive discuss, consult or "negotiate" with provincial court judges. As stated by McDonald J. in the Alberta cases, the government "might exercise [this] discretion quite properly (i.e., without reliance upon constitutionally irrelevant considerations such as the performance of the judges) without ever soliciting or receiving the view of the Provincial Court judges" ((1994), 160 A.R. 81, at p. 144). Provincial judges associations are not unions, and the government and the judges are not involved in a statutorily compelled collective bargaining relationship. While judges are free to make recommendations regarding their salaries, and governments would be wise to seriously consider them, as a group they have no economic "bargaining power" *vis-à-vis* the government. The atmosphere of negotiation the Chief

À mon avis, cette position déforme sérieusement la façon dont les traitements des juges sont fixés. L'arrêt *Valente* établit que la fixation de la rémunération des juges des cours provinciales relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du gouvernement, à la condition, évidemment, que le droit à un traitement soit prévu par la loi et que le gouvernement ne modifie pas les traitements d'une manière qui soulève une crainte raisonnable d'ingérence. Il n'existe aucune exigence constitutionnelle voulant que l'exécutif discute avec les juges des cours provinciales, consulte ceux-ci ou «négocie» avec eux. Comme l'a dit le juge McDonald dans les affaires émanant de l'Alberta, le gouvernement [TRADUCTION] «pourrait exercer [ce] pouvoir discrétionnaire de façon parfaitement régulière (c'est-à-dire sans se fonder sur des considérations dénuées de pertinence sur le plan constitutionnel comme le rendement des juges), sans pour autant jamais requérir ni recevoir le point de vue des juges de la Cour provinciale» ((1994), 160 A.R. 81, à la p. 144). Les associations de juges de cours provinciales ne sont pas des syndicats, et le gouvernement et les juges ne sont pas astreints par la loi à la procédure de négociation collective. Même si les juges sont libres de faire, à

Justice describes, which fosters expectations of “give and take” and encourages “subtle accommodations”, does not therefore apply to salary discussions between government and the judiciary. The danger that is alleged to arise from such discussions — that judges will barter their independence for financial gain — is thus illusory.

Of course, some persons may view direct consultations between the government and the judiciary over salaries to be unseemly or inappropriate. It may be that making representations to an independent commission better reflects the position of judges as independent from the political branches of government. A general prohibition against such consultations, however, is not required by s. 11(d) of the *Charter*. In most circumstances, a reasonable, informed person would not view them as imperiling judicial independence. As stated by McDonald J. (at p. 145):

... a reasonable, well-informed, right-minded person would not regard such a process as one that would impair the independence of the court. In the absence of evidence that the judges had improperly applied the law, no reasonable, right-minded person would have even a suspicion that the judges' independence had been bartered. It must be remembered that there is an appellate process in which either judges of the Court of Queen's Bench or of the Court of Appeal would soon become aware of any colourable use of judicial power, and correct it. Any reasonable, right-minded person would add that safeguard to his or her presumption that the integrity of the Provincial Court judges would prevail.

Although there is no general constitutional prohibition against salary discussions between the judiciary and the government, the possibility remains that governments may use such discussions to attempt to influence or manipulate the

l'égard de leurs traitements, des recommandations que les gouvernements seraient bien avisés d'examiner sérieusement, ils n'ont, en tant que groupe, aucun «pouvoir de négociation» économique vis-à-vis du gouvernement. L'atmosphère de négociation décrite par le Juge en chef, qui fait naître des attentes quant à des «concessions mutuelles» et encourage les «compromissions subtiles», ne s'applique donc pas aux discussions salariales entre le gouvernement et les juges. Le danger qui, affirmé-t-on, découlerait de ces discussions — savoir que les juges troqueraient leur indépendance contre des gains financiers — est donc illusoire.

Évidemment, il est possible que certaines personnes trouvent inconvenantes ou inappropriées les consultations directes sur les traitements entre le gouvernement et les juges. Peut-être que le mécanisme de présentation d'observations à une commission indépendante tient mieux compte de la position d'indépendance des juges par rapport aux organes politiques du gouvernement. L'alinéa 11d) de la *Charte* n'exige toutefois pas que ces consultations fassent l'objet d'une interdiction générale. Dans la plupart des cas, une personne raisonnable et bien renseignée ne considérerait pas que ces consultations mettent en péril l'indépendance judiciaire. Comme l'a dit le juge McDonald (à la p. 145):

[TRADUCTION] ... une personne raisonnable, bien renseignée et sensée ne considérerait pas qu'un tel mécanisme porte atteinte à l'indépendance de la cour. En l'absence de preuves indiquant que les juges ont appliqué la loi de façon irrégulière, aucune personne raisonnable et sensée ne soupçonnerait même que les juges ont troqué leur indépendance. Il ne faut pas oublier qu'il existe un mécanisme d'appel par lequel des juges de la Cour du Banc de la Reine ou de la Cour d'appel seraient bientôt mis au courant de toute utilisation spéieuse du pouvoir judiciaire, et corrigeraient la situation. Toute personne raisonnable et sensée ajouterait cette protection à sa présomption que l'intégrité des juges de la Cour provinciale triompherait.

Comme il n'existe aucune interdiction constitutionnelle générale visant les discussions salariales entre les juges et le gouvernement, il demeure possible qu'un gouvernement utilise de telles discussions pour tenter d'influencer ou de manipuler les

judiciary. In such cases, the actions of the government will be reviewed according to the same reasonable perception test that applies to salary changes.

IV. Application to the Present Appeals

1. *Prince Edward Island*

353 The Chief Justice finds that the wage reduction in Prince Edward Island was unconstitutional on the basis that it was made without recourse having first been made to an independent salary commission. He states, however, that if such a commission had been established, and the legislature had decided to depart from its recommendations and enact the reduction that it did, the reduction would probably be *prima facie* rational, and hence justified, because it would be part of a broadly based deficit reduction measure reducing the salaries of all persons who are remunerated by public funds.

354 I agree with the Chief Justice's conclusion that the reduction to the salaries of Provincial Court judges in Prince Edward Island was part of an overall public economic measure. Because I would not require governments to have recourse to salary commissions, I find the reduction was consistent with s. 11(d) of the *Charter*. Based on the statement of facts appended to the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, there is no evidence that the reduction was introduced in order to influence or manipulate the judiciary. A reasonable person would not perceive it, therefore, as threatening judicial independence.

2. *Alberta*

355 The Chief Justice concludes that the wage reduction imposed on Provincial Court judges in Alberta violated s. 11(d) for the same reason that he finds the reduction in Prince Edward Island unconstitutional: it was effected without recourse to a salary commission process. Again, however,

juges. En pareils cas, les actes de ce gouvernement seront examinés en fonction du critère de la perception raisonnable qui s'applique aux changements apportés à la rémunération.

IV. Application aux présents pourvois

1. *Île-du-Prince-Édouard*

Le Juge en chef conclut que la réduction des traitements imposée aux juges de l'Île-du-Prince-Édouard est inconstitutionnelle parce qu'elle a été faite sans qu'on ait d'abord eu recours à une commission indépendante de rémunération des juges. Toutefois, il affirme que, si une telle commission avait été établie et que la législature avait décidé de ne pas suivre ses recommandations et d'imposer la réduction en question, cette réduction serait probablement rationnelle à première vue, et donc justifiée, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure générale de lutte contre le déficit ayant pour effet de réduire les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics.

Je souscris à la conclusion du Juge en chef que la réduction des traitements des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard s'inscrit dans le cadre d'une mesure globale d'économie des deniers publics. Comme je n'obligerais pas les gouvernements à recourir à des commissions de rémunération, je conclus que la réduction ne porte pas atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. À la lumière de l'exposé des faits annexé au *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, rien ne permet de conclure que la réduction des traitements a été imposée afin d'influencer ou de manipuler les juges. Une personne raisonnable ne percevrait donc pas cette réduction comme une menace à l'indépendance judiciaire.

2. *Alberta*

Le Juge en chef conclut que la réduction des traitements imposée aux juges de la Cour provinciale de l'Alberta a porté atteinte à l'al. 11d) pour le même motif que celui qu'il invoque pour conclure à l'inconstitutionnalité de la réduction imposée aux juges de l'Île-du-Prince-Édouard: la réduction

he opines that had such a process been followed, the reduction would likely be *prima facie* rational because it would be part of an overall economic measure that reduces the salaries of all persons remunerated by public funds. For the reasons already given, I do not think a reasonable person would perceive this reduction as compromising judicial independence. As a result, I find the reduction did not violate s. 11(d).

One of the interveners in these appeals, the Alberta Provincial Court Judges' Association, alleges that the wage reductions in Alberta were not as widespread and uniform as assumed in the Agreed Statement of Facts that forms the factual foundation of the litigation. Before this Court, the intervener sought to introduce extrinsic evidence to support this allegation. In response, the Attorney General for Alberta attempted to adduce evidence in rebuttal. As noted by the Chief Justice, the Court denied both these motions.

In my view, it is not necessary to consider this factual dispute. The conclusion I have reached is based entirely on the Agreed Statement of Facts reproduced in the reasons of McDonald J. In any future litigation involving this issue, the parties will be free to adduce whatever evidence they feel is appropriate and a factual record will be developed accordingly.

3. Manitoba

The situation in Manitoba is more complicated. As noted by the Chief Justice, there the legislature had established a judicial compensation commission process, which had been in effect since 1990. In 1993, the government passed legislation reducing the salaries of Provincial Court judges in a manner I shall describe later. The government instituted this reduction before the commission had

tion a été effectuée sans recourir à une commission de rémunération. Encore une fois, cependant, il dit être d'avis que si un tel mécanisme avait été suivi la réduction aurait probablement été rationnelle à première vue, parce qu'elle s'inscrirait dans le cadre d'une mesure économique générale ayant pour effet de réduire les traitements de toutes les personnes rémunérées sur les fonds publics. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, je ne pense pas qu'une personne raisonnable considérerait que cette réduction compromet l'indépendance de la magistrature. En conséquence, je conclus que la réduction des traitements n'a pas porté atteinte à l'al. 11d).

L'un des intervenants dans les présents pourvois, l'Alberta Provincial Court Judges' Association, soutient que les réductions des traitements imposées en Alberta n'étaient pas aussi généralisées et uniformes qu'on le suppose dans l'exposé conjoint des faits qui constitue le fondement factuel de l'instance. Devant notre Cour, cet intervenant a voulu introduire des éléments de preuve extrinsèques au soutien de cette prétention. En réponse, le procureur général de l'Alberta a tenté de produire une contre-preuve sur ce point. Comme l'a signalé le Juge en chef, la Cour a rejeté ces deux requêtes.

À mon avis, il est inutile d'examiner ce différend d'ordre factuel. La conclusion à laquelle je suis parvenu repose entièrement sur l'exposé conjoint des faits reproduit dans les motifs du juge McDonald. Dans tout litige ultérieur mettant en jeu cette question, les parties seront libres de produire tous les éléments de preuve qu'elles jugeront appropriés, et un dossier factuel sera monté en conséquence.

3. Manitoba

La situation au Manitoba est plus compliquée. Comme le Juge en chef l'a mentionné, la législature manitobaine avait constitué une commission chargée d'examiner la rémunération des juges, qui exerçait ses activités depuis 1990. En 1993, le gouvernement a adopté une loi qui réduisait les traitements des juges de la Cour provinciale de la manière que je vais expliquer plus loin. Le gouver-

356

357

358

convened or issued its report. For this reason, the Chief Justice finds that the reduction violated s. 11(d) of the *Charter*.

nement a imposé cette réduction avant que la commission se soit réunie ou ait produit son rapport. Pour cette raison, le Juge en chef conclut que la réduction a porté atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*.

359

Because I do not believe that commissions are constitutionally required, I find that the Manitoba government's avoidance of the commission process did not violate s. 11(d). Unlike the situations in Prince Edward Island and Alberta, however, the legislation in Manitoba treated judges differently from most other persons paid from public funds. *The Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act*, S.M. 1993, c. 21 ("Bill 22"), permitted, but did not require, public sector employers to impose up to 15 days leave without pay upon their employees during the fiscal years 1993-94 and 1994-95. The definition of public sector "employer" was very broad, encompassing the government itself as well as Crown corporations, hospitals, personal care homes, child and family services agencies, municipalities, school boards, universities and colleges. In contrast, the remuneration of Provincial Court judges, along with members of Crown agencies, boards, commissions and committees appointed by the Lieutenant Governor in Council, was reduced by 3.8 percent for the fiscal year 1993-94, and for the next fiscal year, by an amount equivalent to the number of leave days imposed on unionized government employees. A provision of Bill 22 allowed this reduction to be effected by the taking of specific approved days of leave without pay. Members of the Legislative Assembly were treated in essentially the same manner as judges and other appointees.

Comme je ne pense pas que la Constitution exige la mise sur pied de commissions, je conclus que la décision du gouvernement manitobain d'éviter le recours à la commission n'a pas violé l'al. 11d). Contrairement à ce qui s'est passé à l'Île-du-Prince-Édouard et en Alberta, toutefois, la loi manitobaine traitait les juges différemment de la plupart des autres personnes rémunérées sur les fonds publics. La *Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public*, L.M. 1993, ch. 21 (la «loi 22»), autorisait, mais n'obligeait pas, les employeurs du secteur public à imposer jusqu'à quinze jours de congé sans solde à leurs employés au cours des exercices 1993-1994 et 1994-1995. La définition d'«employeur» du secteur public était très large et visait le gouvernement lui-même ainsi que les sociétés d'État, les hôpitaux, les foyers de soins personnels, les organismes de services à l'enfance et à la famille, les municipalités, les commissions scolaires, les universités et les collèges. Par contre, la rémunération des juges de la Cour provinciale, ainsi que celle des membres de sociétés d'État, de conseils, de commissions et de comités nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, ont été réduites de 3,8 pour 100 au cours de l'exercice 1993-1994, et, au cours de l'exercice suivant, d'un montant correspondant au nombre de jours de congé imposés aux fonctionnaires syndiqués. Une disposition de la loi 22 permettait d'effectuer cette réduction en prenant des jours précis approuvés à titre de jours de congé sans solde. Les membres de l'assemblée législative ont été traités essentiellement de la même façon que les juges et d'autres personnes titulaires d'une nomination.

360

Two aspects of the legislation are potentially problematic. First, the legislation permitted, but did not compel, government employers to mandate unpaid leaves for their employees. The salary reduction imposed on judges and other appointees, in contrast, was mandatory. In practice, the reduced work week was imposed on all civil ser-

Deux aspects de cette loi sont susceptibles de poser problème. Premièrement, le texte de loi autorisait, mais n'obligeait pas, les employeurs du secteur public à imposer des jours de congé sans solde à leurs employés. En revanche, la réduction des traitements imposée aux juges et à d'autres personnes nommées était obligatoire. En pratique, la

vants and most other public sector employees. Some employers, including certain school divisions and health care facilities, dealt with funding reductions in other ways. Second, Bill 22 specified that reductions imposed by public employers were to be effected in the form of unpaid leave. In the case of judges and other appointees, salaries were reduced directly.

There is no evidence, however, that these differences evince an intention to interfere with judicial independence. As Philp J.A. stated for the Manitoba Court of Appeal, "differences in the classes of persons affected by Bill 22 necessitated differences in treatment" ((1995), 102 Man. R. (2d) 51, at p. 66). In the case of the permissive-mandatory distinction, the evidence establishes that it served a rational and legitimate purpose. Though all those affected by Bill 22 were in one form or another "paid" from public funds, their relationship to government differed markedly. A number of the "employers" under Bill 22, such as school boards, Crown corporations, municipalities, universities and health care facilities, though ultimately dependent on government funding, have traditionally enjoyed a significant amount of financial autonomy. Generally speaking, the provincial government does not set the salaries of employees of these institutions. The legislation respects the autonomy of those bodies by permitting them to cope with reduced funding in alternative ways. Judges, though obviously required to be independent from government in specific, constitutionally guaranteed ways, are paid directly by the government. In this limited sense, they are analogous to civil servants and not to employees of other public institutions such as school boards, universities or hospitals. Notably, the provincial government, as an "employer" under Bill 22, required its civil servants to take unpaid leaves. Moreover, unlike many public employees, judges are not in a collective bargaining relationship with the government. The government may have felt that permitting judges to "negotiate" the manner in which they

semaine de travail réduite a été imposée à tous les fonctionnaires et à la plupart des autres employés du secteur public. Quelques employeurs, notamment des divisions scolaires et des établissements de soins de santé, s'y sont pris autrement pour faire face aux réductions de leur financement. Deuxièmement, la loi 22 précisait que les réductions imposées par les employeurs du secteur public devaient être effectuées sous forme de jours de congé sans solde. Dans le cas des juges et d'autres personnes titulaires d'une nomination, leurs traitements ont été réduits directement.

Cependant, il n'y a aucune preuve que ces différences témoignent d'une intention de porter atteinte à l'indépendance des juges. Comme a dit le juge Philp, au nom de la Cour d'appel du Manitoba, [TRADUCTION] «les différences qui existent quant aux catégories de personnes qui étaient visées par la loi 22 ont nécessité des différences de traitement» ((1995), 102 Man. R. (2d) 51, à la p. 66). Pour ce qui est de la distinction fondée sur les mesures facultatives et les mesures obligatoires, la preuve établit qu'elle visait un objectif rationnel et légitime. Même si toutes les personnes visées par la loi 22 étaient, sous une forme ou une autre, «rémunérées» sur les fonds publics, leurs rapports avec le gouvernement différaient de façon marquée. Un certain nombre d'«employeurs» visés par la loi 22, comme les commissions scolaires, les sociétés d'État, les municipalités, les universités et les établissements de soins de santé, quoique tributaires en bout de ligne des fonds publics, ont toujours joui d'un degré important d'autonomie financière. D'une manière générale le gouvernement provincial ne fixe pas les traitements des employés de ces institutions. Le texte de loi respecte l'autonomie de ces organismes en leur permettant de prendre d'autres mesures pour faire face à la réduction de leur financement. Même s'ils doivent clairement être indépendants du gouvernement de certaines façons précises garanties par la Constitution, les juges sont rémunérés directement par le gouvernement. Dans ce sens limité, ils sont assimilables à des fonctionnaires et non aux employés d'autres établissements publics comme les commissions scolaires, les universités et les hôpitaux. Fait important, le gouvernement provincial, en tant

would absorb reductions to their remuneration would have been inappropriate.

362 The purpose of the unpaid leave-salary reduction distinction is also benign. The government may have considered the imposition of mandatory leave without pay to violate judicial independence. There are certainly weighty reasons for doing so. At all events, it is certainly less intrusive to simply reduce judges' salary than to require them to take specific days off without pay. Section 9(2) of Bill 22 permits, but does not require, judges to substitute unpaid leave on "specific approved days" for the salary reduction. Presumably, "specific approved days" refers to those days designated by the government for unpaid leave in the civil service (including employees of the courts and Crown prosecutors' offices). In my view, to the extent that this provision evinces any intention at all, it is to defer to judges' preferences on this matter and not, as the appellants suggest, to subject them to the discretion of the executive.

363 The effect of these distinctions on the financial status of judges *vis-à-vis* others paid from public monies, moreover, is essentially trivial. It is true that the salaries of some categories of public employees were not reduced or were reduced by a lesser amount than those of judges. However, as mentioned earlier, there are sufficient reasons to justify this distinction. What is important is that judges received the same reduction as civil servants. As conceded by the appellants, the 3.8 per cent reduction in the first year paralleled the number of leave days the government had decided to

qu'«employeur» au sens de la loi 22, a obligé ses fonctionnaires à prendre des jours de congé sans solde. De plus, à la différence de nombreux autres employés du secteur public, les juges ne sont pas assujettis à un régime de négociation collective avec le gouvernement. Ce dernier a peut-être eu le sentiment qu'il aurait été inapproprié de permettre aux juges de «négocier» la façon dont ils absorberaient les réductions de leurs traitements.

Le but de la distinction entre la réduction des traitements et les jours de congé sans solde est également bénin. Il est possible que le gouvernement ait considéré que le fait d'obliger les juges à prendre des jours de congé sans solde porterait atteinte à leur indépendance. Il existe certainement de solides raisons de penser ainsi. Quoi qu'il en soit, le fait de simplement réduire les traitements des juges constitue certainement une mesure moins envahissante que le fait de les obliger à prendre des jours précis de congé sans solde. Le paragraphe 9(2) de la loi 22 permet aux juges de remplacer la réduction de traitement par des «jours précis approuvés» de congé sans solde, mais n'exige pas qu'ils le fassent. Il est permis de penser que ces «jours précis approuvés» correspondent aux jours désignés par le gouvernement comme jours de congé sans solde pour les fonctionnaires (y compris les employés des tribunaux et des bureaux des substituts du Procureur général). À mon avis, s'il ressort une intention de cette disposition, c'est celle de s'en remettre aux préférences des juges à cet égard et non, comme le prétendent les appelants, d'assujettir les juges au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

Qui plus est, l'effet de ces distinctions sur la situation financière des juges par rapport à celles d'autres personnes rémunérées sur les fonds publics est, au fond, négligeable. Il est vrai que les traitements de certaines catégories d'employés du secteur public n'ont pas été réduits ou l'ont été dans une mesure moins grande que ceux des juges. Toutefois, comme je l'ai mentionné plus tôt, il existe des raisons suffisantes pour justifier cette distinction. Ce qui est important, c'est que les juges aient subi la même réduction que les fonctionnaires. Comme l'ont concédé les appelants, la

impose on civil servants in anticipation of the Bill being passed. In the second year, the judges salaries were to be reduced by an amount equivalent to the reduction applied to employees under a collective agreement. This scheme, in my view, was a reasonable and practical method of ensuring that judges and other appointees were treated equally in comparison to civil servants. As the Manitoba Court of Appeal unanimously held, a reasonable person would not perceive this scheme as threatening the financial security of judges in any way.

In addition to the claim based on the reduction of their salaries, the Provincial Court judges in Manitoba also contended that their independence was violated by the conduct of the executive in refusing to sign a joint recommendation to the Judicial Compensation Committee unless the judges agreed to forego their legal challenge of Bill 22. As already noted, the fact that the government and judges discuss remuneration issues is not necessarily unconstitutional. Nevertheless, in my view, the government's actions in this particular case constituted a violation of judicial independence.

The economic pressure placed on the judges was not intended to induce judges to favour the government's interests in litigation. Rather, it was designed to pressure them into conceding the constitutionality of the planned salary reduction. The judges, however, had *bona fide* concerns about the constitutionality of Bill 22. They had a right, if not a duty, to defend the principle of independence in the superior courts. The financial security component of judicial independence must include protection of judges' ability to challenge legislation implicating their own independence free from the reasonable perception that the government might penalize them financially for doing so. In my view,

réduction de 3,8 pour 100 imposée la première année équivalait sensiblement au nombre de jours de congé que le gouvernement avait décidé d'imposer aux fonctionnaires en prévision de l'adoption du projet de loi. Pendant la deuxième année, la rémunération des juges devait être réduite d'un montant équivalent à la réduction imposée aux employés régis par une convention collective. Selon moi, cette solution était un moyen raisonnable et pratique de faire en sorte que les juges et d'autres personnes titulaires d'une nomination soient traités de façon comparable aux fonctionnaires. Comme a conclu la Cour d'appel du Manitoba à l'unanimité, une personne raisonnable ne percevrait pas cette solution comme constituant, de quelque façon que ce soit, une menace pour la sécurité financière des juges.

En plus d'invoquer le moyen fondé sur la réduction de leurs traitements, les juges de la Cour provinciale du Manitoba ont soutenu que leur indépendance avait été compromise par la conduite du pouvoir exécutif, qui a refusé de soumettre une recommandation conjointe au Comité chargé de la rémunération des juges à moins que les juges ne conviennent d'abandonner leur contestation judiciaire de la loi 22. Comme il a déjà été indiqué, le fait que le gouvernement et les juges discutent de questions de rémunération n'est pas nécessairement inconstitutionnel. Néanmoins, je suis d'avis que les mesures prises par le gouvernement en l'espèce ont constitué une atteinte à l'indépendance de la magistrature.

La pression financière exercée sur les juges n'avait pas pour objet de les amener à favoriser les intérêts du gouvernement dans des litiges. Elle visait plutôt à les inciter à concéder la constitutionnalité de la réduction des traitements envisagée. Toutefois, les juges avaient des doutes légitimes au sujet de la constitutionnalité de la loi 22. Ils avaient le droit, sinon le devoir, de défendre le principe de l'indépendance devant les tribunaux supérieurs. L'aspect sécurité financière de l'indépendance judiciaire doit comprendre la protection de la capacité des juges de contester des dispositions qui mettent en jeu leur propre indépendance, sans entretenir la perception raisonnable que le

the executive's decision not to sign the joint recommendation was made for an improper purpose and constituted arbitrary interference with the process by which judges' salaries were established: *Valente, supra*, at p. 704.

V. Conclusion and Disposition

1. *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island and Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

(a) Answers to Reference Questions

366 The answers to the relevant reference questions, which are appended to the reasons of the Chief Justice as Appendices "A" and "B" respectively, are as follows:

(i) *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

Question 1

(a) and (b): Yes. Subject to the principles outlined in my reasons, the legislature of Prince Edward Island may increase, decrease or otherwise adjust the remuneration of Provincial Court Judges, whether or not such adjustment is part of an overall public economic measure.

Question 2: Yes.

(ii) *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*

Question 1(c): Yes.

. . .

gouvernement pourrait les pénaliser financièrement parce qu'ils le font. Selon moi, la décision de l'exécutif de ne pas signer la recommandation conjointe a été prise dans un but malhonnête et constituait une ingérence arbitraire dans le mécanisme de fixation de la rémunération des juges: *Valente*, précité, à la p. 704.

V. Conclusion et dispositif

1. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard et Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

a) Réponses aux questions posées dans les renvois

Les réponses aux questions pertinentes posées dans les renvois, qui constituent respectivement les annexes A et B des motifs du Juge en chef, sont les suivantes:

(i) *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Question 1

a) et b): Oui. Sous réserve des principes exposés dans mes motifs, l'assemblée législative de l'Île-du-Prince-Édouard peut hausser, réduire ou modifier autrement la rémunération des juges de la Cour provinciale, que cette modification s'inscrive ou non dans le cadre d'une mesure globale d'économie des deniers publics.

Question 2: Oui.

(ii) *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*

Question 1c): Oui.

. . .

Question 4:

(a) and (b): No. The explanation for these answers is the same as for the answer to question 1 of the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

. . .

(d): No.

(e): No. The explanation for this answer is the same as for the answer to question 1 of the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

. . .

(i): No.

. . .

Question 8: Given my answers to the foregoing questions, it is not necessary to answer this question.

For all other questions, my answers are the same as those set out by the Chief Justice.

(b) Disposition

I would dismiss the appeals in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island* and in *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*. I would allow the cross-appeal on question 1(a) of the *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

2. *R. v. Campbell, R. v. Ekmecic and R. v. Wickman*

(a) Answers to Constitutional Questions

The answers to the relevant questions, which are appended to the reasons of the Chief Justice as Appendix "C," are as follows:

Question 4:

a) et b): Non. L'explication de ces réponses est la même que celle donnée pour la réponse à la question 1 du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

. . .

d): Non.

e): Non. L'explication de cette réponse est la même que celle donnée pour la réponse à la question 1 du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

. . .

i): Non.

. . .

Question 8: Vu les réponses que j'ai données aux questions qui précèdent, il n'est pas nécessaire que je réponde à la présente question.

Pour ce qui concerne toutes les autres questions, mes réponses sont les mêmes que celles du Juge en chef.

b) Dispositif

Je rejetterais les pourvois dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* et le *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*. J'accueillerais le pourvoi incident formé à l'égard de la question 1a) du *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

2. *R. c. Campbell, R. c. Ekmecic et R. c. Wickman*

a) Réponses aux questions constitutionnelles

Les réponses aux questions pertinentes, qui constituent l'annexe C des motifs du Juge en chef, sont les suivantes:

367

368

369

Question 1: No.

Question 1: Non.

Question 2: No.

Question 2: Non.

370 For all other questions, my answers are the same as those set out by the Chief Justice.

Pour ce qui concerne toutes les autres questions, mes réponses sont les mêmes que celles du Juge en chef.

(b) Disposition

b) Dispositif

371 For the reasons given by the Chief Justice, I would allow the appeal by the Crown from the decision of the Alberta Court of Appeal that it was without jurisdiction to hear these appeals under s. 784(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. I would also allow the appeal by the Crown from McDonald J.'s holding that ss. 11(1)(c), 11(2) and 11(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act* were unconstitutional. I would also dismiss the Crown's appeal from McDonald J.'s holding that ss. 13(1)(a) and 13(1)(b) of the *Provincial Court Judges Act* were unconstitutional and declare these provisions to be of no force or effect. Unlike the Chief Justice, however, I would allow the Crown's appeal from McDonald J.'s holding that the 5 percent pay reduction imposed on members of the Alberta Provincial Court by the *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, was unconstitutional and declare s. 17(1) of the *Provincial Court Judges Act* to be constitutional.

Pour les motifs exposés par le Juge en chef, j'accueillerais le pourvoi formé par le ministère public contre la décision de la Cour d'appel de l'Alberta suivant laquelle elle n'avait pas compétence pour entendre les présents pourvois en vertu du par. 784(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. J'accueillerais également le pourvoi formé par le ministère public contre la décision du juge McDonald concluant à l'inconstitutionnalité de l'al. 11(1)c), du par. 11(2) et de l'al. 11(1)b) de la *Provincial Court Judges Act*. Par ailleurs, je rejetterais le pourvoi formé contre la conclusion du juge McDonald selon laquelle les al. 13(1)a) et b) de la *Provincial Court Judges Act* étaient inconstitutionnels et je déclarerais ces dispositions inopérantes. À la différence du Juge en chef, toutefois, j'accueillerais le pourvoi interjeté par le ministère public contre la décision du juge McDonald que la réduction de 5 pour 100 imposée aux juges de la Cour provinciale de l'Alberta par le *Payment to Provincial Judges Amendment Regulation*, Alta. Reg. 116/94, était inconstitutionnelle, et je déclarerais le par. 17(1) de la *Provincial Court Judges Act* constitutionnel.

3. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*

3. *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*

(a) Answers to Constitutional Questions

a) Réponses aux questions constitutionnelles

372 The answers to the relevant questions, which are appended to the reasons of the Chief Justice as Appendix "D" are as follows:

Les réponses aux questions pertinentes, qui constituent l'annexe D des motifs du Juge en chef, sont les suivantes:

Question 1:

Question 1:

(a): No.

a): Non.

(b): Given my response to Question 1(a), it is not necessary to answer this question.

Question 2:

(a): No.

(b): Given my response to Question 2(a), it is not necessary to answer this question.

For all other questions, my answers are the same as those set out by the Chief Justice.

(b) Disposition

For the reasons of the Chief Justice, I would issue a declaration that the closure of the Provincial Court during the summer of 1994 on "Filmon Fridays" violated the independence of the court. I would also issue a declaration that the Manitoba government violated the independence of the Provincial Court by refusing to sign a joint recommendation to the Judicial Compensation Committee unless the judges agreed to forego their legal challenge of Bill 22.

I would therefore allow the appeal in respect of the closure of the Manitoba Provincial Court and the attempt of the government to induce the judges to abstain from legal action. I would dismiss the appeal with respect to the wage reduction.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants in the P.E.I. references: Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Solicitors for the respondent in the P.E.I. references: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

Solicitor for the appellant Her Majesty the Queen: The Department of Justice, Edmonton.

b): Vu la réponse que j'ai donnée à la question 1a), il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Question 2:

a): Non.

b): Vu la réponse que j'ai donnée à la question 2a), il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pour ce qui concerne toutes les autres questions, mes réponses sont les mêmes que celles du Juge en chef.

b) Dispositif

Pour les motifs exposés par le Juge en chef, je suis d'avis de rendre un jugement déclaratoire portant que la fermeture de la Cour provinciale à l'été 1994 pendant les «vendredis de Filmon» a porté atteinte à l'indépendance de la cour. Je rendrais également un jugement déclaratoire portant que le gouvernement du Manitoba a porté atteinte à l'indépendance de la Cour provinciale en refusant de soumettre une recommandation conjointe au Comité chargé de la rémunération des juges à moins que les juges ne conviennent d'abandonner leur contestation judiciaire de la constitutionnalité de la loi 22.

J'accueillerai donc le pourvoi à l'égard de la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba et de la tentative du gouvernement d'inciter les juges à ne pas tenter d'action en justice. Je rejeterai le pourvoi à l'égard de la réduction des traitements.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard: Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé dans les renvois de l'Île-du-Prince-Édouard: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine: Le ministère de la Justice, Edmonton.

373

374

375

Solicitors for the respondents Campbell and Ekmecic: Legge & Muszynski, Calgary.

Solicitors for the respondent Wickman: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Solicitors for the appellants the Judges of the Provincial Court of Manitoba: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen in right of Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Provincial Court Judges: Nelligan Power, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Judges Conference: Ogilvy Renault, Montréal.

Solicitors for the intervener the Conférence des juges du Québec: Langlois Robert, Québec.

Solicitors for the intervener the Saskatchewan Provincial Court Judges Association: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Procureurs des intimés Campbell et Ekmecic: Legge & Muszynski, Calgary.

Procureurs de l'intimé Wickman: Gunn & Prithipaul, Edmonton.

Procureurs des appelants les juges de la Cour provinciale du Manitoba: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard: Stewart McKelvey Stirling Scales, Charlottetown.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges de cours provinciales: Nelligan Power, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des juges: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Conférence des juges du Québec: Langlois Robert, Québec.

Procureurs de l'intervenante la Saskatchewan Provincial Court Judges Association: McKercher McKercher & Whitmore, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alberta Provincial Judges' Association: Bennett Jones Verchere, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des professions juridiques du Canada: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

03159442

OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 2, 1997 Vol. 3

2^e cahier, 1997 Vol. 3

Cited as [1997] 3 S.C.R. 213-390

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 213-390

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1997.

CONTENTS

Benner v. Canada (Secretary of State)..... 389

Judgments and orders — Provisions of Citizenship Act found to be unconstitutional — Judgment as to effect of reasons — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(c), 5(2)(b), 12(3), 19, 20, 22 — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20.

R. v. Belnavis..... 341

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Car stopped for speeding — Officer looking for car's documentation and questioning passenger — Stolen goods contained in garbage bags found in car — Driver and passenger charged with possession of stolen goods — Whether the driver and the passenger had reasonable expectation of privacy engaged by the search and seizure — If so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1997.

SOMMAIRE

Benner c. Canada (Secrétaire d'État)..... 389

Jugements et ordonnances — Dispositions de la Loi sur la citoyenneté jugées inconstitutionnelles — Jugement concernant l'effet des motifs — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)(c), 5(2)(b), 12(3), 19, 20, 22 — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20.

R. c. Belnavis..... 341

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Voiture interceptée pour excès de vitesse — Policier cherchant les documents concernant le véhicule et interrogeant la passagère — Découverte dans la voiture de sacs à déchets contenant des biens volés — Conductrice et passagère accusées de possession de biens volés — La conductrice et la passagère avaient-elles une attente raisonnable en matière de vie privée sur laquelle la fouille et la saisie ont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. Hydro-Québec..... 213

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Environmental protection — Federal legislation empowering Ministers to determine what substances are toxic and to prohibit introduction of such substances into environment except in accordance with specified terms and conditions — Whether federal legislation valid — Whether legislation falls within Parliament's jurisdiction to make laws for peace, order and good government of Canada — Whether legislation falls within Parliament's criminal law jurisdiction — Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), ss. 3 "environment", "substance", 11, 34, 35 — Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296, s. 6(a) — Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, 91(27).

R. v. Lifchus 320

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge must provide jury with explanation of "reasonable doubt" — If so, how concept should be explained to jury — Suggested charge on "reasonable doubt".

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury on meaning of reasonable doubt — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

SOMMAIRE (Fin)

empiété? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve recueillis devraient-ils être écartés en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. c. Hydro-Québec..... 213

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Protection de l'environnement — Loi fédérale habilitant des ministres à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l'environnement à moins que certaines conditions particulières soient respectées — La loi fédérale est-elle valide? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), art. 3 «environnement», «substance», 11, 34, 35 — Arrêté d'urgence sur les biphenyles chlorés, C.P. 1989-296, art. 6a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), 91(27).

R. c. Lifchus 320

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès doit-il donner au jury une explication de ce qu'est le «doute raisonnable»? — Dans l'affirmative, comment expliquer ce concept au jury? — Exposé proposé sur le «doute raisonnable».

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée sur le sens du doute raisonnable? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

The Attorney General of Canada, acting for
and on behalf of Her Majesty The
Queen *Appellant*

v.

Hydro-Québec *Respondent*

and

The Attorney General of Quebec *Mis en
cause*

and

The Attorney General for Saskatchewan,
IPSCO Inc., Société pour vaincre la
pollution inc. ("S.V.P."), Pollution Probe,
Great Lakes United (Canada), Canadian
Environmental Law Association and Sierra
Legal Defence Fund *Interveners*

INDEXED AS: R. v. HYDRO-QUÉBEC

File No.: 24652.

1997: February 10; 1997: September 18.

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 — Distribution of legislative powers — Environmental protection — Federal legislation empowering Ministers to determine what substances are toxic and to prohibit introduction of such substances into environment except in accordance with specified terms and conditions — Whether federal legislation valid — Whether legislation falls within Parliament's jurisdiction to make laws for peace, order and good government of Canada — Whether legislation falls within Parliament's criminal law jurisdiction — Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), ss. 3 "environment", "substance", 11, 34, 35 — Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296, s. 6(a) — Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, 91(27).

Le procureur général du Canada, agissant
pour le compte de Sa Majesté la
Reine *Appelant*

c.

Hydro-Québec *Intimée*

et

Le procureur général du Québec *Mis en
cause*

et

Le procureur général de la Saskatchewan,
IPSCO Inc., Société pour vaincre la
pollution inc. («S.V.P.»), Pollution Probe,
Great Lakes United (Canada), Association
canadienne du droit de l'environnement et
Sierra Legal Defence Fund *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. HYDRO-QUÉBEC

N° du greffe: 24652.

1997: 10 février; 1997: 18 septembre.

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 législatives — Protection de l'environnement — Loi fédérale habilitant des ministres à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l'environnement à moins que certaines conditions particulières soient respectées — La loi fédérale est-elle valide? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), art. 3 «environnement», «substance», 11, 34, 35 — Arrêté d'urgence sur les biphenyles chlorés, C.P. 1989-296, art. 6a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), 91(27).

The respondent allegedly dumped polychlorinated biphenyls (PCBs) into a river in early 1990. It was charged with two infractions under s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, which was adopted and enforced pursuant to ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*. Sections 34 and 35 appear in Part II of the Act, entitled "Toxic Substances". Part II deals first with the identification of substances that could pose a risk either to the environment or to human life and health, and then provides a procedure for adding them to the List of Toxic Substances in Schedule I (which contains a list of dangerous substances carried over from pre-existing legislation) and for imposing by regulations requirements respecting the terms and conditions under which substances so listed may be released into the environment. According to s. 11 of the Act, a substance is toxic where "it is entering or may enter the environment" under conditions "having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment", "constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends", or "constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health". Section 3 defines a "substance" as "any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate" and the "environment" as "the components of the Earth". Section 34 provides for the regulation of substances on the List of Toxic Substances. Section 35 is ancillary to s. 34. It provides that where a substance is not listed in Schedule I (or where it is listed but the Ministers of the Environment and of Health believe it is not adequately regulated) and the Ministers believe that immediate action is required, an "interim order" may be made in respect of the substance. Such orders may contain any regulation which could have been made under s. 34, but they remain in effect for only 14 days unless they are approved by the Governor in Council. Failure to comply with regulations made under s. 34 or an order made under s. 35 constitutes an offence under s. 113 of the Act. The respondent brought a motion seeking to have ss. 34 and 35 of the Act as well as s. 6(a) of the Interim Order itself declared *ultra vires* the Parliament of Canada on the ground that they do not fall within the ambit of any federal head of power set out in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The Attorney General of Quebec intervened in support of the respondent's position. The motion was granted in the Court of Québec, and an

L'intimée aurait déversé des biphenyles polychlorés (BPC) dans une rivière, au début de 1990. Elle a été accusée d'avoir commis deux infractions en vertu de l'al. 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphenyles chlorés*, qui a été pris et mis à exécution conformément aux art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*. Les articles 34 et 35 figurent à la partie II de la Loi, intitulée «Substances toxiques». La partie II traite d'abord de l'identification de substances susceptibles de mettre en danger l'environnement ou la vie et la santé humaines, et elle établit ensuite la procédure à suivre pour les ajouter à la liste des substances toxiques de l'annexe I (qui contient une liste de substances dangereuses provenant d'un texte législatif antérieur), et pour imposer, par voie de règlement, les conditions à respecter pour que les substances ainsi énumérées puissent être rejetées dans l'environnement. Selon l'art. 11 de la Loi, est toxique toute substance «qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement» dans des conditions «de nature à [. . .] avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement», à «mettre en danger l'environnement essentiel pour la vie humaine» ou à «constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine». L'article 3 définit le terme «substance» comme étant «[t]oute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable» et le terme «environnement» comme étant l'«[e]nsemble des conditions et des éléments naturels de la terre». L'article 34 prescrit la réglementation des substances inscrites sur la liste des substances toxiques. L'article 35 est accessoire à l'art. 34. Il prévoit que, lorsqu'une substance n'est pas inscrite sur la liste de l'annexe I (ou lorsqu'elle y est inscrite mais que les ministres de l'Environnement et de la Santé croient qu'elle n'est pas réglementée comme il convient) et que les ministres croient qu'une intervention immédiate est nécessaire, un «arrêté d'urgence» peut être pris relativement à celle-ci. Ces arrêtés peuvent comporter les mêmes dispositions qu'un règlement pris aux termes de l'art. 34, mais ils ne demeurent en vigueur que pendant 14 jours, à moins d'être approuvés par le gouverneur en conseil. Le défaut de se conformer à un règlement pris sous le régime de l'art. 34 ou à un arrêté pris aux termes de l'art. 35 constitue une infraction en vertu de l'art. 113 de la Loi. L'intimée a déposé une requête en vue de faire déclarer que les art. 34 et 35 de la Loi ainsi que l'art. 6a) de l'arrêté d'urgence lui-même excèdent la compétence du Parlement du Canada pour le motif qu'ils ne relèvent d'aucun chef de compétence fédérale énoncé à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le procureur général du Québec est intervenu à l'appui de la position de l'intimée. La requête a été accueillie par la Cour du Québec et un appel interjeté devant la Cour

appeal to the Superior Court was dismissed. A further appeal to the Court of Appeal was also dismissed.

Held (Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The impugned provisions are valid legislation under the criminal law power.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: The environment is not, as such, a subject matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. Rather, it is a diffuse subject that cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal, some provincial. If a provision relating to the environment in pith and substance falls within the parameters of any power assigned to the body that enacted the legislation, then it is constitutionally valid.

Under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, Parliament has been accorded plenary power to make criminal law in the widest sense. It is entirely within Parliament's discretion to determine what evil it wishes by penal prohibition to suppress and what threatened interest it thereby wishes to safeguard. Under s. 91(27), it is also within the discretion of Parliament to determine the extent of blameworthiness that it wishes to attach to a criminal prohibition. This power is of course subject to the "fundamental justice" requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which may dictate a higher level of *mens rea* for serious or "true" crimes. The *Charter* apart, the only qualification that has been attached to Parliament's plenary power over criminal law is that it cannot be employed colourably. Like other legislative powers, it cannot permit Parliament simply by legislating in the proper form to colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence. To determine whether such an attempt is made, it is appropriate to determine whether a legitimate public purpose underlies the prohibition.

The protection of the environment, through prohibitions against toxic substances, constitutes a wholly legitimate public objective in the exercise of the criminal law power. Protection of the environment is an international problem that requires action by governments at all levels. The legitimate use of the criminal law in no way constitutes an encroachment on provincial legislative power, though it may affect matters falling within the latter's ambit. Parliament may validly enact prohibitions

supérieure a été rejeté. Un autre appel interjeté devant la Cour d'appel a, lui aussi, été rejeté.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Les dispositions contestées sont valides en vertu de la compétence en matière de droit criminel.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin: L'environnement n'est pas, comme tel, un domaine de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit plutôt d'un sujet diffus qui touche plusieurs domaines différents de responsabilité constitutionnelle, dont certains sont fédéraux et d'autres provinciaux. Si une disposition relative à l'environnement relève, de par son caractère véritable, de l'un des pouvoirs attribués au corps législatif qui l'a adoptée, elle est alors constitutionnellement valide.

En vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement a été investi du plein pouvoir d'adopter des règles de droit criminel au sens le plus large du terme. Il relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du Parlement de décider quel mal il désire supprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi sauvegarder. Aux termes du par. 91(27), il relève également du pouvoir discrétionnaire du Parlement de déterminer le degré de culpabilité qu'il souhaite attacher à une interdiction criminelle. Ce pouvoir est assujéti, naturellement, aux exigences de la «justice fondamentale» prescrites à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui peuvent dicter un degré plus élevé de *mens rea* dans le cas des crimes graves ou «proprement dits». La *Charte* mise à part, la seule réserve dont a été assorti le plein pouvoir du Parlement en matière de droit criminel est qu'il ne peut pas être utilisé de façon déguisée. Comme d'autres pouvoirs législatifs, il ne peut pas permettre au Parlement, simplement en légiférant de la manière appropriée, d'empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive. Pour déterminer si on est en présence d'une telle tentative, il convient de déterminer si l'interdiction se fonde sur un objectif public légitime

La protection de l'environnement, au moyen d'interdictions concernant les substances toxiques, constitue un objectif public tout à fait légitime dans l'exercice de la compétence en matière de droit criminel. La protection de l'environnement est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux. Le recours légitime au droit criminel ne constitue nullement un empiétement sur la compétence législative provinciale, bien qu'il puisse toucher à des matières qui en

under its criminal law power against specific acts for the purpose of preventing pollution. This does not constitute an interference with provincial legislative powers. The use of the federal criminal law power in no way precludes the provinces from exercising their extensive powers under s. 92 to regulate and control the pollution of the environment either independently or in co-operation with federal action.

Broad wording is unavoidable in environmental protection legislation because of the breadth and complexity of the subject. The effect of requiring greater precision would be to frustrate the legislature in its attempt to protect the public against the dangers flowing from pollution. Part II of the *Canadian Environmental Protection Act* does not deal with the protection of the environment generally, but simply with the control of toxic substances that may be released into the environment under certain restricted circumstances, through a series of prohibitions to which penal sanctions are attached. There was no intention that the Act should bar the use, importation or manufacture of all chemical products, but rather that it should affect only those substances that are dangerous to the environment, and then only if they are not otherwise regulated by law. The broad purpose and effect of Part II is to provide a procedure for assessing whether out of the many substances that may conceivably fall within the ambit of s. 11, some should be added to the List of Toxic Substances in Schedule I and, when an order to this effect is made, whether to prohibit the use of the substance so added in the manner provided in the regulations made under s. 34(1) subject to a penalty. These listed substances, toxic in the ordinary sense, are those whose use in a manner contrary to the regulations the Act ultimately prohibits. This is a limited prohibition applicable to a restricted number of substances. The prohibition is enforced by a penal sanction and is undergirded by a valid criminal objective, and so is valid criminal legislation. Specific targeting of toxic substances based on individual assessment avoids resort to unnecessarily broad prohibitions and their impact on the exercise of provincial powers.

The interim order is also valid under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. PCBs are not only highly toxic but long lasting and very slow to break down in water, air or soil. They are also extremely mobile. As well,

relèvent. Le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, édicter valablement des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution. Cela ne constitue pas un empiètement sur les compétences législatives d'une province. Le recours à la compétence fédérale en matière de droit criminel n'empêche nullement les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère l'art. 92 pour réglementer et limiter la pollution de l'environnement de façon indépendante ou de concert avec des mesures fédérales.

La formulation large est inévitable dans une loi sur la protection de l'environnement en raison de l'ampleur et de la complexité du sujet. Exiger une plus grande précision aurait pour effet de faire échouer la législature dans sa tentative de protéger le public contre les dangers découlant de la pollution. La partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* traite non pas de la protection de l'environnement en général, mais simplement du contrôle de substances toxiques qui peuvent être rejetées dans l'environnement dans certains circonstances limitées, au moyen d'une série d'interdictions assorties de sanctions pénales. La Loi visait non pas à interdire l'utilisation, l'importation ou la fabrication de tous les produits chimiques, mais plutôt à ne toucher que les substances qui sont dangereuses pour l'environnement, et seulement si elles ne sont pas par ailleurs réglementées par la loi. La partie II a généralement pour objet et pour effet de prescrire une procédure permettant d'évaluer si, parmi les nombreuses substances qui peuvent, en théorie, être visées par l'art. 11, certaines devraient être ajoutées à la liste des substances toxiques de l'annexe I, et de déterminer, lorsqu'on prend un arrêté en ce sens, s'il y a lieu d'interdire, sous peine de sanction, l'utilisation de la substance ainsi ajoutée de la manière prévue dans le règlement pris en vertu du par. 34(1). Ces substances inscrites sur la liste, toxiques au sens ordinaire du terme, sont celles que la Loi interdit, en fin de compte, d'utiliser d'une manière contraire au règlement. C'est une interdiction limitée qui s'applique à un nombre limité de substances. L'interdiction est assortie d'une peine en cas de non-respect et s'appuie sur un objectif pénal valide et est donc une mesure législative pénale valide. Le ciblage précis de substances toxiques fondé sur une évaluation individuelle évite de recourir à des interdictions inutilement larges et à leur incidence sur l'exercice de pouvoirs provinciaux.

L'arrêté d'urgence est également valide en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les BPC sont non seulement très toxiques, mais encore ils durent longtemps et se décomposent très lentement dans l'eau,

they dissolve readily in fat tissues and other organic compounds, with the result that they move up the food chain. They pose significant risks of serious harm to both animals and humans.

It is not necessary to consider whether the impugned provisions fall within Parliament's jurisdiction to make laws for the peace, order and good government of Canada.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The pith and substance of Part II of the *Canadian Environmental Protection Act* lies in the wholesale regulation by federal agents of any and all substances which may harm any aspect of the environment or which may present a danger to human life or health. While Parliament has been given broad and exclusive power to legislate in relation to criminal law by virtue of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, the criminal law power has always been made subject to two requirements: laws purporting to be upheld under s. 91(27) must contain prohibitions backed by penalties, and they must be directed at a legitimate public purpose. Although the protection of human health has been held to be a legitimate public purpose, the impugned legislation goes well beyond this goal. However, the protection of the environment is also a valid purpose of the criminal law.

While the impugned provisions have a legitimate criminal purpose, they fail to meet the other half of the test. They are not intended to prohibit environmental pollution, but simply to regulate it, and so do not qualify as criminal law under s. 91(27). While a criminal law may validly contain exemptions for certain conduct without losing its status as criminal law, in order to have an exemption, there must first be a prohibition in the legislation from which that exemption is derived. There are no such prohibitions in the legislation at issue here. Sections 34 and 35 do not define an offence at all. Rather, they establish a regulatory regime whereby the Ministers of Health and the Environment can place substances on the List of Toxic Substances and define the norms of conduct regarding those substances on an ongoing basis. It would be an odd crime whose definition was made entirely dependent on the discretion of the executive. The prohibitions in s. 113, such as they are, are ancillary to the regulatory scheme, not the other way around. This strongly suggests that the focus of the legislation is regulation rather than prohibition. Section

l'air ou le sol. Ils sont aussi extrêmement mobiles. De même, ils se dissolvent facilement dans les tissus adipeux et autres composés organiques, de sorte qu'ils remontent la chaîne alimentaire. Ils posent des risques importants de préjudice grave pour les animaux et les humains.

Il n'est pas nécessaire de déterminer si les dispositions contestées relèvent de la compétence du Parlement pour légiférer relativement à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement du Canada.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major (dissidents): Le caractère véritable de la partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* réside dans la réglementation systématique, par des organismes fédéraux, de toutes les substances susceptibles d'avoir un effet nocif sur un aspect de l'environnement, ou de présenter un danger pour la vie ou la santé humaine. Même si le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué au Parlement la compétence vaste et exclusive pour légiférer en matière de droit criminel, la compétence en matière de droit criminel a toujours été assujettie à deux exigences: les lois censées être maintenues en vertu du par. 91(27) doivent contenir des interdictions assorties de peines et elles doivent viser un objectif public légitime. Bien qu'il ait été déterminé que la protection de la santé humaine constitue un objectif public légitime, la mesure législative contestée va bien au-delà de cet objectif. Cependant, la protection de l'environnement constitue également un objectif valide du droit criminel.

Même si les dispositions contestées visent un objectif légitime en matière criminelle, elles ne satisfont pas à l'autre moitié du critère. Elles visent non pas à interdire la pollution de l'environnement, mais simplement à la réglementer et ne peuvent donc pas être qualifiées de droit criminel au sens du par. 91(27). Bien qu'une loi en matière criminelle puisse valablement comporter des exemptions relativement à certaines conduites sans pour autant perdre son caractère, pour qu'il y ait exemption, il faut d'abord qu'il y ait une interdiction dans la loi dont découle cette exemption. La loi faisant l'objet du présent pourvoi ne contient aucune interdiction de cette nature. Les articles 34 et 35 ne définissent pas une infraction. Ils établissent plutôt un régime de réglementation en vertu duquel les ministres de la Santé et de l'Environnement peuvent, de manière continue, inscrire des substances sur la liste des substances toxiques et définir les normes de conduite relatives à ces substances. Ce serait un crime singulier dont la définition a été laissée à l'entière discrétion du pouvoir exécutif. Les interdictions prévues à l'art. 113, telles qu'elles existent,

34 allows for the regulation of every conceivable aspect of toxic substances. It is highly unlikely that Parliament intended to leave the criminalization of such a sweeping area of behaviour to the discretion of the Ministers. Moreover, the equivalency provisions in s. 34(6) of the Act, under which a province may be exempted from the application of regulations if it already has equivalent regulations in force there, creates a strong presumption that the federal regulations are regulatory, not criminal, since any environmental legislation enacted by the provinces must be regulatory in nature. Finally, granting Parliament the authority to regulate so completely the release of substances into the environment by determining whether or not they are "toxic" would inescapably preclude the possibility of shared environmental jurisdiction and would infringe severely on other heads of power assigned to the provinces.

Assuming that the protection of the environment and of human life and health against any and all potentially harmful substances could be a "new matter" which would fall under the peace, order and good government power, that matter does not have the required singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern. The definition of "toxic substances" in s. 11, combined with the definition of "substance" found in s. 3, is an all-encompassing definition with no clear limits. While s. 15 does specify some criteria to refine the notion of "toxic substance", it does not narrow the broad definition of that notion, but only offers investigatory guidelines. Moreover, the investigatory process provided for in s. 15 can be totally bypassed where an interim order is issued pursuant to s. 35. With respect to geographical limits, although the preamble of the Act suggests that its ambit is restricted to those substances that "cannot always be contained within geographic boundaries", nowhere in Part II or the enabling provisions at issue is there any actual limitation based on territorial considerations. Part II's failure to distinguish between types of toxic substances, either on the basis of degree of persistence and diffusion into the environment and the severity of their harmful effect or on the basis of their extraprovincial aspects, demonstrates that the enabling provisions lack the necessary singleness, distinctiveness and indivisibility. To the extent that Part II of the Act includes the regulation of "toxic substances" that may only affect the

sont accessoires au régime de réglementation, et non l'inverse. Cela laisse fortement entendre que la Loi est axée sur la réglementation plutôt que sur les interdictions. L'article 34 permet la réglementation de tous les aspects imaginables des substances toxiques. Il est fort improbable que le Parlement ait eu l'intention de laisser la criminalisation d'un aussi vaste domaine de comportement à la discrétion des ministres. De plus, les dispositions équivalentes mentionnées au par. 34(6) de la Loi, selon lequel une province peut être exemptée de l'application des règlements lorsque des dispositions équivalentes à ces règlements y sont déjà en vigueur, laissent fortement présumer que les règlements fédéraux sont de nature réglementaire et non pas criminelle, puisque toute loi en matière d'environnement adoptée par une province doit être de nature réglementaire. Enfin, le fait d'accorder au Parlement le pouvoir de réglementer de façon aussi complète le rejet de substances dans l'environnement par la détermination de leur nature «toxique» ou non éliminerait inévitablement la possibilité d'avoir une compétence partagée en matière d'environnement et empiéterait de façon considérable sur d'autres chefs de compétence provinciale.

Tenant pour acquis que la protection de l'environnement et de la vie et de la santé humaines contre toutes les substances potentiellement nocives pourrait constituer une «nouvelle matière» relevant de la compétence concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement, cette matière n'a pas l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial. La définition des «substances toxiques» à l'art. 11, conjuguée à celle du mot «substance» à l'art. 3, est une définition générale sans limites précises. Même si l'art. 15 énonce effectivement certains critères pour raffiner la notion de «substance toxique», il ne restreint pas la définition large donnée à cette notion, mais ne fait qu'offrir des lignes directrices en matière d'enquête. En outre, le processus d'enquête prévu à l'art. 15 peut être complètement évité lorsqu'un arrêté d'urgence est pris conformément à l'art. 35. Quant aux limites géographiques, même si le préambule de la Loi laisse entendre qu'elle ne s'applique qu'aux substances «qu'il n'est pas toujours possible de circonscrire au territoire touché», ni la partie II ni les dispositions habilitantes en cause ne contiennent une véritable restriction fondée sur des considérations territoriales. Le fait que la partie II n'établisse aucune distinction entre des types de substances toxiques, que ce soit en fonction de leur degré de persistance et de diffusion dans l'environnement et de la sévérité de leur effet nocif, ou de leurs aspects extraprovinciaux, démontre que les dispositions habilitantes n'ont pas l'unicité, la particularité et

particular province within which they originate, the appellant bears a heavy burden to demonstrate that provinces themselves would be incapable of regulating such toxic emissions, a burden which it has not discharged.

The impugned legislation cannot be justified as an exercise of the federal trade and commerce power.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Rube*, [1992] 3 S.C.R. 159; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662.

By Lamer C.J. and Iacobucci J. (dissenting)

R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299;

l'indivisibilité requises. Dans la mesure où la partie II de la Loi inclut la réglementation de «substances toxiques» susceptibles de toucher uniquement la province où elles émanent, l'appelant a le lourd fardeau d'établir que les provinces elles-mêmes seraient incapables de réglementer ces émissions toxiques, fardeau dont il ne s'est pas acquitté.

La loi contestée ne peut pas se justifier en tant qu'exercice de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Rube*, [1992] 3 R.C.S. 159; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissidents)

R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2

Reference re Anti-Inflation Act, [1976] 2 S.C.R. 373; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8.
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), preamble, ss. 2(j), 3 "environment", "substance", 6, 11, 12, 13, 15 [am. 1992, c. 1, s. 35], 16, 18, 26, 32, 33, 34 [am. 1989, c. 9, s. 2], 35, 113(f), (i), (o), (p), 114, 115(1)(a), (b), 125(1).
Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296, s. 6(a).
Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, 91(27), 92
Domestic Substances List, SI/91-148, *Canada Gazette, Part I Suppl.*, January 26, 1991.
Domestic Substances List, SOR/94-311 [am. SOR/95-517].
Environmental Contaminants Act, R.S.C., 1985, c. E-12 [rep. c. 16 (4th Supp.), s. 147], ss. 4, 7(2).
Explosives Act, R.S.C., 1985, c. E-17.
Food and Drugs Act, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 3, 4, 5(1), 8, 9(1), 14, 16, 20(1).
Hazardous Products Act, R.S.C., 1985, c. H-3.
Priority Substances List, *Canada Gazette, Part I*, February 11, 1989, p. 543.
Pulp and Paper Mill Defoamer and Wood Chip Regulations, SOR/92-268.
Pulp and Paper Mill Effluent Chlorinated Dioxins and Furans Regulations, SOR/92-267.

R.C.S. 1299; *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Lois et règlements cités

Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés, C.P. 1989-296, art. 6a).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8.
Liste des substances d'intérêt prioritaire, *Gazette du Canada, partie I*, 11 février 1989, p. 543.
Liste intérieure des substances, DORS/94-311 [mod. DORS/95-517].
Liste intérieure des substances, TR/91-148, *Gazette du Canada, partie I suppl.*, 26 janvier 1991.
Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), préambule, art. 2j), 3 «environnement», «substance», 6, 11, 12, 13, 15 [mod. 1992, ch. 1, art. 35], 16, 18, 26, 32, 33, 34 [mod. 1989, ch. 9, art. 2; mod. 1992, ch. 1, art. 15], 35, 113f), i), o), p), 114, 115(1)a), b), 125(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), 91(27), 92.
Loi réglementant les produits du tabac, L.C. 1988, ch. 20, art. 4, 9.
Loi sur les aliments et drogues, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 3, 4, 5(1), 8, 9(1), 14, 16, 20(1).
Loi sur les contaminants de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. E-12 [abr. ch. 16 (4^e suppl.), art. 147], art. 4, 7(2).
Loi sur les explosifs, L.R.C. (1985), ch. E-17.
Loi sur les produits dangereux, L.R.C. (1985), ch. H-3.
Règlement sur les additifs antimousse et les copeaux de bois utilisés dans les fabriques de pâtes et papiers, DORS/92-268.

Tobacco Products Control Act, S.C. 1988, c. 20, ss. 4, 9.
Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2605(c).

Règlement sur les dioxines et les furannes chlorés dans les effluents des fabriques de pâtes et papiers, DORS/92-267.

Toxic Substances Control Act, 15 U.S.C. § 2605c).

Authors Cited

- Bowden, Marie-Ann. "Friends of the Oldman River Society v. Canada et al: Two Steps Forward, One Step Back" (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 209.
- Canada. Environment Canada. *The Right to a Healthy Environment: An Overview of the Proposed Environmental Protection Act*. By Tom McMillan. Ottawa: Environment Canada, 1987.
- Canada. Environment Canada and Health and Welfare Canada. *Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada*. Ottawa: Environment Canada, 1976.
- Canada. Environment Canada and Health and Welfare Canada. *Final Report of the Environmental Contaminants Act Amendments Consultative Committee*. Ottawa: Environment Canada, 1986.
- Canada. Environment Canada, Department of Fisheries and Oceans and Health and Welfare Canada. *Toxic Chemicals in the Great Lakes and Associated Effects*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1991.
- Canada. Health and Welfare Canada. Environmental Health Directorate, Health Protection Branch. *A Review of the Toxicology and Human Health Aspects of PCBs (1978-1982)*. Ottawa: Health and Welfare Canada, 1985.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Environment and Sustainable Development. *It's About Our Health!: Towards Pollution Prevention*. Report of the House of Commons Standing Committee on Environment and Sustainable Development. Ottawa: Queen's Printer, 1995.
- Canada. Law Reform Commission. Report No. 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 44. *Crimes Against the Environment*. Ottawa: The Commission, 1985.
- Canada. Task Force on the Management of Chemicals. *From Cradle to Grave: A Management Approach to Chemicals*. Ottawa: Environment Canada, 1986.
- Canadian Council of Resource and Environment Ministers. *The PCB Story*. Toronto: The Council, 1986.

Doctrine citée

- Bowden, Marie-Ann. «Friends of the Oldman River Society v. Canada et al: Two Steps Forward, One Step Back» (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 209.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'environnement et du développement durable. *Notre santé en dépend!: Vers la prévention de la pollution*. Rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1995.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 44. *Les crimes contre l'environnement*. Ottawa: La Commission, 1985.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport n° 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.
- Canada. Environnement Canada. *Le droit à un environnement sain: Aperçu du projet de loi sur la protection de l'environnement*. Par Tom McMillan. Ottawa: Environnement Canada, 1987.
- Canada. Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada. *Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada*. Ottawa: Environnement Canada, 1976.
- Canada. Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada. *Rapport final du Comité consultatif sur les modifications à la Loi sur les contaminants de l'environnement*. Ottawa: Environnement Canada, 1986.
- Canada. Environnement Canada, Ministère des Pêches et des Océans et Santé et Bien-être social Canada. *Les produits chimiques toxiques dans les Grands Lacs et leurs effets connexes*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1991.
- Canada. Groupe de travail sur la gestion des produits chimiques. *L'intégral système de gestion des produits chimiques*. Ottawa: Environnement Canada, 1986.
- Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction de l'hygiène du milieu, Direction générale de la protection de la santé. *Examen de la toxicologie et des questions sanitaires relatives aux BPC (1978-1982)*. Ottawa: Santé et Bien-être social Canada, 1985.

- Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "toxic".
- Dobson, S., and G. J. van Esch. Environmental Health Criteria 140. *Polychlorinated Biphenyls and Terphenyls*, 2nd ed. Geneva: World Health Organization, 1993.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Farquhar, G. J., and J. Sykes. *PCB Behavior in Soils*. Ottawa: Waste Management Branch, Environmental Impact Control Directorate, Environmental Protection Service, 1978.
- Fitzgerald, Edward A. "The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act" (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 55.
- Gibson, Dale. "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gilbertson, Michael, et al. "Great Lakes Embryo Mortality, Edema, and Deformities Syndrome (GLEMEDS) in Colonial Fish-eating Birds: Similarity to Chick-Edema Disease", *Journal of Toxicology and Environmental Health*, 33 (1991): 455-520.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.
- Jacobson, Joseph L., and Sandra W. Jacobson. "A 4-year Followup Study of Children Born to Consumers of Lake Michigan Fish", *Journal of Great Lakes Research* 19(4) (1993): 776-83.
- Leclair, Jean. "Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement" (1996), 27 *R.G.D.* 137.
- Lederman, W. R. "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597.
- Norstrom, Ross J. (Environment Canada), and Derek C. G. Muir (Department of Fisheries and Oceans). "Chlorinated Hydrocarbon Contaminants in Arctic Marine Mammals", *The Science of the Total Environment* 154 (1994): 107-28.
- Organization for Economic Co-operation and Development. *Protection of the Environment by Control of Polychlorinated Biphenyls*. Paris: OECD, 1973.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "toxic".
- United Nations Environment Programme. *Global Environmental Issues*. Dublin: Tycooly International Publishing Ltd., 1982.
- Commission mondiale sur l'environnement et le développement. *Notre avenir à tous*. Montréal: Éditions du Fleuve, 1988.
- Conseil canadien des ministres des ressources et de l'environnement. *La question des BPC*. Toronto: Le Conseil, 1986.
- Dobson, S., and G. J. van Esch. Environmental Health Criteria 140. *Polychlorinated Biphenyls and Terphenyls*, 2nd ed. Geneva: World Health Organization, 1993.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Farquhar, G. J., and J. Sykes. *PCB Behavior in Soils*. Ottawa: Waste Management Branch, Environmental Impact Control Directorate, Environmental Protection Service, 1978.
- Fitzgerald, Edward A. «The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 55.
- Gibson, Dale. «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gilbertson, Michael, et al. «Great Lakes Embryo Mortality, Edema, and Deformities Syndrome (GLEMEDS) in Colonial Fish-eating Birds: Similarity to Chick-Edema Disease», *Journal of Toxicology and Environmental Health*, 33 (1991): 455-520.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.
- Jacobson, Joseph L., and Sandra W. Jacobson. «A 4-year Followup Study of Children Born to Consumers of Lake Michigan Fish», *Journal of Great Lakes Research* 19(4) (1993): 776-83.
- Leclair, Jean. «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement» (1996), 27 *R.G.D.* 137.
- Lederman, W. R. «Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation» (1975), 53 *R. du B. can.* 597.
- Norstrom, Ross J. (Environment Canada), and Derek C. G. Muir (Department of Fisheries and Oceans). «Chlorinated Hydrocarbon Contaminants in Arctic Marine Mammals», *The Science of the Total Environment* 154 (1994): 107-28.
- Nouveau Petit Robert*. Paris: Le Robert, 1995, «toxique».
- Organization for Economic Co-operation and Development. *Protection of the Environment by Control of Polychlorinated Biphenyls*. Paris: OECD, 1973.

World Commission on Environment and Development. *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

World Health Organization, United Nations Environment Programme and International Labour Organization. *Polychlorinated Biphenyls (PCBs) and Polychlorinated Terphenyls (PCTs) Health and Safety Guide*. Geneva: World Health Organization, 1992.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] Q.J. No. 143 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1992] R.J.Q. 2159, affirming a decision of Babin Q.C.J., [1991] R.J.Q. 2736, declaring certain legislative provisions to be *ultra vires* the Parliament of Canada. Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Claude Joyal, James Mabbutt, Q.C., Yves Lebœuf and Jean Rhéaume, for the appellant.

François Fontaine, Sophie Perreault and Jean Piette, for the respondent.

Alain Gingras, for the *mis en cause*.

Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert G. Richards, for the intervener IPSCO Inc.

Robert Astell, for the intervener the Société pour vaincre la pollution inc.

Stewart A. G. Elgie and Paul R. Muldoon, for the interveners Pollution Probe, Great Lakes United (Canada), Canadian Environmental Law Association and Sierra Legal Defence Fund.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE and IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal arose as a result of an interim order made in 1989 by the then Minister of the

United Nations Environment Programme. *Global Environmental Issues*. Dublin: Tycooly International Publishing Ltd., 1982.

World Health Organization, United Nations Environment Programme and International Labour Organization. *Polychlorinated Biphenyls (PCBs) and Polychlorinated Terphenyls (PCTs) Health and Safety Guide*. Geneva: World Health Organization, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] A.Q. n° 143 (QL), confirmant un jugement de la Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 2159, qui avait confirmé une décision du juge Babin de la Cour du Québec, [1991] R.J.Q. 2736, déclarant que certaines dispositions législatives excédaient la compétence du Parlement du Canada. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Iacobucci et Major sont dissidents.

Claude Joyal, James Mabbutt, c.r., Yves Lebœuf et Jean Rhéaume, pour l'appellant.

François Fontaine, Sophie Perreault et Jean Piette, pour l'intimée.

Alain Gingras, pour le *mis en cause*.

Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert G. Richards, pour l'intervenante IPSCO Inc.

Robert Astell, pour l'intervenante la Société pour vaincre la pollution inc.

Stewart A. G. Elgie et Paul R. Muldoon, pour les intervenants Pollution Probe, Great Lakes United (Canada), Association canadienne du droit de l'environnement et Sierra Legal Defence Fund.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE EN CHEF et LE JUGE IACOBUCCI (dissidents) — Le présent pourvoi fait suite à un arrêt d'urgence pris en 1989 par le ministre de l'Envi-

Environment of Canada, the Honourable Lucien Bouchard. It restricted the emission of chlorobiphenyls ("PCBs") to 1 gram per day. The respondent, Hydro-Québec, was charged with breaching this Interim Order and challenged the charges by claiming that the Interim Order, as well as the underlying provisions supporting it, were *ultra vires* Parliament as invading provincial territory.

2 We have had the advantage of reading the lucid reasons of La Forest J. While we share his concern for the protection of the environment, we are of the view that the impugned provisions cannot be justified under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and are therefore *ultra vires* the federal government. Because of our disagreement with our colleague's approach, we will set out the relevant factual and judicial background.

1. Facts

3 The respondent Hydro-Québec was charged with two infractions under s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296 (hereinafter "the Interim Order"), adopted and enforced pursuant to ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c.16 (4th Supp.). It was alleged that the respondent:

[TRANSLATION]

[1] From January 1 to January 3, 1990, did unlawfully release more than 1 gram per day of chlorobiphenyls into the environment contrary to s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-29[6] of February 23, 1989, thereby committing an offence under ss. 113(i) and (o) of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.);

[2] On or about January 8, 1990, following the release into the environment, in contravention of s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296 of February 23, 1989, of a substance specified in Schedule I to the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), to wit: chlorobiphenyls . . . did fail to report the matter to an inspector as soon as possible in the circumstances contrary to s. 36(1)(a) of the said Act, thereby com-

ronnement de l'époque, l'honorable Lucien Bouchard. L'arrêté limitait à 1 g par jour les émissions de biphényles chlorés (BPC). L'intimée Hydro-Québec, accusée d'avoir contrevenu à cet arrêté d'urgence, a contesté les accusations portées contre elle en soutenant que l'arrêté d'urgence et les dispositions le sous-tendant excédaient la compétence du Parlement, car ils envahissaient un domaine de compétence provinciale.

Nous avons pris connaissance des motifs limpides du juge La Forest. Bien que nous partagions son intérêt pour la protection de l'environnement, nous sommes d'avis que les dispositions contestées ne peuvent être justifiées en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'elles excèdent donc la compétence du gouvernement fédéral. Vu notre désaccord avec le point de vue adopté par notre collègue, nous allons exposer les contextes factuel et judiciaire pertinents.

1. Les faits

L'intimée Hydro-Québec a été accusée de deux infractions en vertu de l'al. 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296 (ci-après l'«arrêté d'urgence»), qui a été pris et mis à exécution conformément aux art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.). L'intimée a été accusée des faits suivants:

[1] Du 1^{er} janvier au 3 janvier 1990, a illégalement rejeté, dans l'environnement, plus d'un gramme par jour de biphényles chlorés contrairement à l'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-29[6] du 23 février 1989, commettant ainsi l'infraction prévue aux alinéas 113i) et o) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. de 198[5], 4^e suppl., c. 16;

[2] Le ou vers le 8 janvier 1990, après le rejet dans l'environnement en violation de l'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296 du 23 février 1989, d'une substance inscrite à l'annexe I de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. de 198[5], 4^e suppl., c. 16, à savoir: des biphényles chlorés [...] a omis de faire rapport de la situation à l'inspecteur dans les meilleurs délais possible, contrairement à l'alinéa 36(1)a)

mitting an offence under ss. 113(h) and (o) of the said Act.

On July 23, 1990, the respondent pleaded not guilty to both these charges. It brought a motion before the Court of Québec to have ss. 34 and 35 of the Act as well as s. 6(a) of the Interim Order declared unconstitutional as outside the federal government's sphere of competence. On August 12, 1991, the court granted this motion and struck down the provisions in question: [1991] R.J.Q. 2736. An appeal to the Quebec Superior Court was dismissed on August 6, 1992 ([1992] R.J.Q. 2159), as was a further appeal to the Quebec Court of Appeal, on February 14, 1995 ([1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] Q.J. No. 143 (QL)). On October 12, 1995, this Court granted leave to appeal ([1995] 4 S.C.R. vii) and a constitutional question, set forth below, was stated.

2. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296

6. The quantity of chlorobiphenyls that may be released into the environment shall not exceed 1 gram per day in respect of any item of equipment or any receptacle or material containing equipment in the course of the operation, servicing, maintenance, decommissioning, transporting or storage of

(a) electrical capacitors and electrical transformers and associated electrical equipment manufactured in or imported into Canada before July 1, 1980;

Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.)

It is hereby declared that the protection of the environment is essential to the well-being of Canada.

WHEREAS the presence of toxic substances in the environment is a matter of national concern;

de ladite loi, commettant ainsi l'infraction prévue aux alinéas 113h) et o) de ladite Loi.

Le 23 juillet 1990, l'intimée a plaidé non coupable à ces deux accusations. Elle a déposé une requête devant la Cour du Québec en vue de faire déclarer inconstitutionnels les art. 34 et 35 de la Loi ainsi que l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence, pour le motif qu'ils excédaient le champ de compétence du gouvernement fédéral. Le 12 août 1991, la cour a accueilli la requête et annulé les dispositions en question: [1991] R.J.Q. 2736. L'appel interjeté devant la Cour supérieure du Québec a été rejeté le 6 août 1992 ([1992] R.J.Q. 2159), et un autre appel interjeté devant la Cour d'appel du Québec a été rejeté le 14 février 1995 ([1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] A.Q. n° 143 (QL)). Le 12 octobre 1995, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi ([1995] 4 R.C.S. vii) et formulé la question constitutionnelle reproduite plus loin.

2. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés, C.P. 1989-296

6. La quantité de biphényles chlorés qui peut être rejetée, dans l'environnement, dans une région du Canada ne peut excéder 1 g par jour pour chaque pièce d'équipement ou contenant ou emballage d'équipement au cours de l'exploitation, de l'entretien, de la maintenance, de la mise hors service, du transport ou de l'entreposage de l'équipement suivant:

a) des condensateurs électriques ainsi que des transformateurs électriques et de l'équipement connexe, fabriqués ou importés au Canada avant le 1^{er} juillet 1980;

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.)

Il est déclaré que la protection de l'environnement est essentielle au bien-être de la population du Canada.

Attendu:

que la présence de substances toxiques dans l'environnement est une question d'intérêt national;

WHEREAS toxic substances, once introduced into the environment, cannot always be contained within geographic boundaries;

WHEREAS the Government of Canada in demonstrating national leadership should establish national environmental quality objectives, guidelines and codes of practice;

WHEREAS it is necessary to control the dispersal of nutrients in Canadian waters;

WHEREAS some of the laws under which federal lands, works and undertakings are administered or regulated do not make provision for environmental protection in respect of federal lands, works and undertakings;

AND WHEREAS Canada must be able to fulfil its international obligations in respect of the environment;

3. (1) In this Act,

. . .

“environment” means the components of the Earth and includes

- (a) air, land and water,
- (b) all layers of the atmosphere,
- (c) all organic and inorganic matter and living organisms, and
- (d) the interacting natural systems that include components referred to in paragraphs (a) to (c);

. . .

“substance” means any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate, and includes

- (a) any matter that is capable of being dispersed in the environment or of being transformed in the environment into matter that is capable of being so dispersed or that is capable of causing such transformations in the environment,
- (b) any element or free radical,
- (c) any combination of elements of a particular molecular identity that occurs in nature or as a result of a chemical reaction, and
- (d) complex combinations of different molecules that originate in nature or are the result of chemical reactions but that could not practicably be formed by simply combining individual constituents,

qu’il n’est pas toujours possible de circonscrire au territoire touché la dispersion de substances toxiques ayant pénétré dans l’environnement;

que le gouvernement fédéral, à titre de chef de file national en la matière, se doit d’établir des objectifs, des directives et des codes de pratiques nationaux en matière de qualité de l’environnement;

qu’il est nécessaire de limiter la dispersion des substances nutritives dans les eaux canadiennes;

que la législation régissant les terres, entreprises et ouvrages fédéraux ne prévoit pas toujours à leur égard de mesures de protection de l’environnement;

que le Canada se doit d’être en mesure de respecter ses obligations internationales en matière d’environnement,

3. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

«environnement» Ensemble des conditions et des éléments naturels de la terre, notamment:

- a) l’air, l’eau et le sol;
- b) toutes les couches de l’atmosphère;
- c) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants;
- d) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) à c).

. . .

«substance» Toute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable. La présente définition vise notamment:

- a) les matières susceptibles soit de se disperser dans l’environnement, soit de s’y transformer en matières dispersables, ainsi que les matières susceptibles de provoquer de telles transformations dans l’environnement;
- b) les radicaux libres ou les éléments;
- c) les combinaisons d’éléments à l’identité moléculaire précise soit naturelles, soit consécutives à une réaction chimique;
- d) des combinaisons complexes de molécules différentes, d’origine naturelle ou résultant de réactions chimiques, mais qui ne pourraient se former dans la pratique par la simple combinaison de leurs composants individuels.

and, except for the purposes of sections 25 to 32, includes

(e) any mixture that is a combination of substances and does not itself produce a substance that is different from the substances that were combined,

(f) any manufactured item that is formed into a specific physical shape or design during manufacture and has, for its final use, a function or functions dependent in whole or in part on its shape or design, and

(g) any animate matter that is, or any complex mixtures of different molecules that are, contained in effluents, emissions or wastes that result from any work, undertaking or activity;

11. For the purposes of this Part, a substance is toxic if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions

(a) having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment;

(b) constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends; or

(c) constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health.

15. For the purpose of assessing whether a substance is toxic or is capable of becoming toxic, or for the purpose of assessing whether to control, or the manner in which to control, a substance, either Minister may

(a) collect data and conduct investigations respecting

(i) the nature of the substance,

(ii) the presence of the substance in the environment and the effect of its presence on the environment or on human life or health,

(iii) the extent to which the substance can become dispersed and will persist in the environment,

(iv) the ability of the substance to become incorporated or accumulate in biological tissues or to interfere with biological processes,

(v) methods of controlling the presence of the substance in the environment,

(vi) methods for testing the effects of the presence of the substance in the environment,

(vii) development and use of alternatives to the substance,

Elle vise aussi, sauf pour l'application des articles 25 à 32:

e) les mélanges combinant des substances et ne produisant pas eux-mêmes une substance différente de celles qui ont été combinées;

f) les articles manufacturés dotés d'une forme ou de caractéristiques matérielles précises pendant leur fabrication et qui ont, pour leur utilisation finale, une ou plusieurs fonctions en dépendant, en tout ou en partie;

g) les matières animées ou les mélanges complexes de molécules différentes qui sont contenus dans les effluents, les émissions ou les déchets attribuables à des travaux, des entreprises ou des activités.

11. Pour l'application de la présente partie, est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions de nature à:

a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement;

b) mettre en danger l'environnement essentiel pour la vie humaine;

c) constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine.

15. Afin de déterminer si une substance est effectivement ou potentiellement toxique, d'apprécier s'il y a lieu de prendre des mesures de contrôle et, dans l'affirmative, de déterminer la nature de celles-ci, l'un ou l'autre ministre peut:

a) recueillir des données sur cette substance et mener des enquêtes sur:

(i) sa nature,

(ii) sa présence dans l'environnement et l'effet qu'elle a sur celui-ci, la vie ou la santé humaine,

(iii) la mesure dans laquelle elle peut se disperser et persister dans l'environnement,

(iv) sa capacité d'infiltration et d'accumulation dans les tissus biologiques ainsi que sa capacité de nuire à des processus biologiques,

(v) les méthodes permettant de limiter sa présence dans l'environnement,

(vi) les méthodes de vérification des effets de sa présence dans l'environnement,

(vii) la mise au point et l'utilisation de substituts,

(viii) quantities, uses and disposal of the substance, and

(ix) methods of reducing the amount of the substance used, produced or released into the environment;

(b) correlate and evaluate any data collected pursuant to paragraph (a) and publish results of any investigations carried out pursuant to that paragraph; and

(c) provide information and consultative services and make recommendations respecting measures to control the presence of the substance in the environment.

34. (1) Subject to subsection (3), the Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers and after the federal-provincial advisory committee is given an opportunity to provide its advice under section 6, make regulations with respect to a substance specified on the List of Toxic Substances in Schedule I, including regulations providing for, or imposing requirements respecting,

(a) the quantity or concentration of the substance that may be released into the environment either alone or in combination with any other substance from any source or type of source;

(b) the places or areas where the substance may be released;

(c) the commercial, manufacturing or processing activity in the course of which the substance may be released;

(d) the manner in which and conditions under which the substance may be released into the environment, either alone or in combination with any other substance;

(e) the quantity of the substance that may be manufactured, processed, used, offered for sale or sold in Canada;

(f) the purposes for which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed, used, offered for sale or sold;

(g) the manner in which and conditions under which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed or used;

(h) the quantities or concentrations in which the substance may be used;

(i) the quantities or concentrations of the substance that may be imported;

(viii) ses quantités, ses utilisations et son élimination,

(ix) les méthodes permettant de réduire la quantité utilisée, produite ou rejetée dans l'environnement;

b) corréler et analyser les données recueillies et publier le résultat des enquêtes effectuées;

c) fournir des services d'information et de consultation et faire des recommandations concernant les mesures à prendre pour limiter la présence de cette substance dans l'environnement.

34. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut, sur recommandation des ministres et après avoir donné au comité consultatif fédéro-provincial la possibilité de formuler ses conseils dans le cadre de l'article 6, prendre des règlements concernant une substance inscrite sur la liste de l'annexe I, notamment en ce qui touche:

a) la quantité ou la concentration dans lesquelles elle peut être rejetée dans l'environnement, seule ou combinée à une autre substance émise par quelque source ou type de sources que ce soit;

b) les lieux ou zones de rejet;

c) les activités commerciales, de fabrication ou de transformation au cours desquelles le rejet est permis;

d) les modalités et conditions de son rejet, seule ou en combinaison avec une autre substance;

e) la quantité qui peut être fabriquée, transformée, utilisée, mise en vente ou vendue au Canada;

f) les fins pour lesquelles la substance ou un produit qui en contient peut être importé, fabriqué, transformé, utilisé, mis en vente ou vendu;

g) les modalités et conditions d'importation, de fabrication, de transformation ou d'utilisation de la substance ou d'un produit qui en contient;

h) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut être utilisée;

i) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut-être importée;

(j) the countries from or to which the substance may be imported or exported;

(k) the conditions under which, the manner in which and the purposes for which the substance may be imported or exported;

(l) the total, partial or conditional prohibition of the manufacture, use, processing, sale, offering for sale, import or export of the substance or a product containing the substance;

(m) the quantity or concentration of the substance that may be contained in any product manufactured, imported, exported or offered for sale in Canada;

(n) the manner in which and conditions under which and the purposes for which the substance or a product containing the substance may be advertised or offered for sale;

(o) the manner in which and conditions under which the substance or a product or material containing the substance may be stored, displayed, handled, transported or offered for transport;

(p) the packaging and labelling of the substance or a product or material containing the substance;

(q) the manner, conditions, places and method of disposal of the substance or a product or material containing the substance, including standards for the construction, maintenance and inspection of disposal sites;

(r) the submission to the Minister, on request or at such times as are prescribed, of information relating to the substance;

(s) the maintenance of books and records for the administration of any regulation made under this section;

(t) the conduct of sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance and the submission of the results to the Minister;

(u) the submission of samples of the substance to the Minister;

(v) the methods and procedures for conducting sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance;

(w) circumstances or conditions under which the Minister may, for the proper administration of this Act, modify

j) les pays d'exportation ou d'importation;

k) les conditions, modalités et objets de l'importation ou de l'exportation;

l) l'interdiction totale, partielle ou conditionnelle de la fabrication, de l'utilisation, de la transformation, de la vente, de la mise en vente, de l'importation ou de l'exportation de la substance ou d'un produit qui en contient;

m) la quantité ou concentration de celle-ci que peut contenir un produit fabriqué, importé, exporté ou mis en vente au Canada;

n) les modalités, les conditions et l'objet de la publicité et de la mise en vente de la substance ou d'un produit qui en contient;

o) les modalités et les conditions de stockage, de présentation, de transport, de manutention ou d'offre de transport soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

p) l'emballage et l'étiquetage soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

q) les modalités, lieux et méthodes d'élimination soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient, notamment les normes de construction, d'entretien et d'inspection des sites d'élimination;

r) la transmission au ministre, sur demande ou au moment fixé par règlement, de renseignements concernant la substance;

s) la tenue de livres et de registres pour l'exécution des règlements d'application du présent article;

t) l'échantillonnage, l'analyse, l'essai, la mesure ou la surveillance de la substance et la transmission des résultats au ministre;

u) la transmission d'échantillons de la substance au ministre;

v) les méthodes et procédures à suivre pour les opérations mentionnées à l'alinéa t);

w) les cas ou conditions de modification par le ministre, pour l'exécution de la présente loi, soit des exigences imposées pour les opérations mentionnées à l'alinéa t), soit des méthodes et procédures afférentes;

(i) any requirement for sampling, analyses, tests, measurements or monitoring, or

(ii) the methods and procedures for conducting any required sampling, analyses, tests, measurements or monitoring; and

(x) any other matter necessary to carry out the purposes of this Part.

(2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers, make regulations providing for the exemption of the following activities from the application of this Part and any regulations made under it, namely,

(a) the import, export, manufacture, use, processing, transport, offering for transport, handling, packaging, labelling, advertising, sale, offering for sale, displaying, storing, disposing or releasing into the environment of any substance or a product or material containing any substance; and

(b) the release of any substance into the environment, for a period specified in the regulations, from any source or type of source.

(3) The Governor in Council shall not make a regulation under subsection (1) in respect of any substance if, in the opinion of the Governor in Council, the regulation regulates an aspect of the substance that is regulated by or under any other Act of Parliament.

(4) A regulation made under subsection (1) with respect to a substance may amend the List of Toxic Substances in Schedule I so as to specify the type of regulation that applies with respect to the substance.

(5) Except with respect to Her Majesty in right of Canada, the provisions of a regulation made under subsection (1) do not apply in any province in respect of which there is in force an order, made under subsection (6), declaring that the provisions do not apply.

(6) Where the Minister and the government of a province agree in writing that there are in force by or under the laws of the province

(a) provisions that are equivalent to the provisions of a regulation made under subsection (1), and

(b) provisions that are similar to sections 108 to 110 for the investigation of alleged offences under provincial environmental legislation,

x) toute autre mesure d'application de la présente partie.

(2) Sur recommandation des ministres, le gouverneur en conseil peut, par règlement, soustraire à l'application de la présente partie et de ses règlements:

a) l'importation, l'exportation, la fabrication, l'utilisation, la transformation, le transport, l'offre de transport, la manutention, l'emballage, l'étiquetage, la publicité, la vente, la mise en vente, la présentation, le stockage, l'élimination ou le rejet dans l'environnement soit d'une substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

b) le rejet dans l'environnement d'une substance provenant d'une source donnée, ou d'un type de sources donné, pendant un certain temps.

(3) Les règlements prévus au paragraphe (1) ne peuvent toutefois être pris que si, selon le gouverneur en conseil, ils ne visent pas un point déjà réglementé sous le régime d'une autre loi fédérale.

(4) Les règlements d'application du paragraphe (1) peuvent modifier la liste de l'annexe I de manière à y préciser le type de règlement qui s'applique à la substance visée.

(5) Sauf à l'égard de Sa Majesté du chef du Canada, les règlements pris aux termes du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans la province visée par un décret pris aux termes du paragraphe (6).

(6) Sur recommandation du ministre, le gouverneur en conseil peut, par décret, déclarer que les règlements pris en application du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans la province lorsque le ministre et le gouvernement provincial sont convenus par écrit que sont en vigueur dans le cadre de la législation provinciale:

a) d'une part, des dispositions équivalentes à ces règlements;

b) d'autre part, des dispositions similaires aux articles 108 à 110 concernant les enquêtes pour infractions aux lois provinciales sur l'environnement.

the Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, make an order declaring that the provisions of the regulation do not apply in the province.

(7) The Minister shall make public any agreement referred to in subsection (6).

(8) An agreement referred to in subsection (6) may be terminated by either party giving to the other at least six months notice of termination.

(9) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, revoke an order made under subsection (6) where the agreement referred to in that subsection is terminated.

(10) The Minister shall include in the annual report required by section 138 a report on the administration of subsections (5) to (9).

35. (1) Where

(a) a substance

(i) is not specified on the List of Toxic Substances in Schedule I and the Ministers believe that it is toxic, or

(ii) is specified on that List and the Ministers believe that it is not adequately regulated, and

(b) the Ministers believe that immediate action is required to deal with a significant danger to the environment or to human life or health,

the Minister may make an interim order in respect of the substance and the order may contain any provision that may be contained in a regulation made under subsection 34(1) or (2).

(2) Subject to subsection (3), an interim order has effect

(a) from the time it is made; and

(b) as if it were a regulation made under section 34.

(3) An interim order ceases to have effect unless it is approved by the Governor in Council within fourteen days after it is made.

(7) Le ministre rend public l'accord visé au paragraphe (6).

(8) Une partie à l'accord peut y mettre fin en donnant un préavis de six mois à l'autre partie.

(9) Sur recommandation du ministre, le gouverneur en conseil peut révoquer le décret d'exemption lorsqu'il a été mis fin à l'accord.

(10) Le ministre rend compte, dans le rapport annuel visé à l'article 138, de la mise en œuvre des paragraphes (5) à (9).

35. (1) Le ministre peut prendre un arrêté d'urgence pouvant comporter les mêmes dispositions qu'un règlement d'application des paragraphes 34(1) ou (2), lorsque les conditions suivantes sont réunies:

a) la substance n'est pas inscrite sur la liste de l'annexe I et les ministres la croient toxique, ou bien elle y est inscrite et ils estiment qu'elle n'est pas réglementée comme il convient;

b) les ministres croient qu'une intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l'environnement, soit pour la vie humaine ou la santé.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l'arrêté prend effet dès sa prise comme s'il s'agissait d'un règlement pris en vertu de l'article 34.

(3) L'arrêté cesse toutefois d'avoir effet à défaut d'approbation par le gouverneur en conseil dans les quatorze jours qui suivent.

(4) The Governor in Council shall not approve an interim order unless

(a) the Minister has, within twenty-four hours after making the order, offered to consult the governments of all the affected provinces to determine whether they are prepared to take sufficient action to deal with the significant danger; and

(b) the Minister has consulted with other ministers of the Crown in right of Canada to determine whether any action can be taken under any other Act of Parliament to deal with the significant danger.

(5) Where the Governor in Council approves an interim order, the Ministers shall, within ninety days after the approval, recommend to the Governor in Council

(a) that a regulation having the same effect as the order be made under section 34; and

(b) if the order was made in respect of a substance that was not specified on the List of Toxic Substances in Schedule I, that the substance be added to that List under section 33.

(6) An interim order

(a) is exempt from the application of sections 3, 5 and 11 of the *Statutory Instruments Act*; and

(b) shall be published in the *Canada Gazette* within twenty-three days after it is approved under subsection (3).

(7) No person shall be convicted of an offence consisting of a contravention of an interim order that, at the time of the alleged contravention, was not published in the *Canada Gazette* in both official languages unless it is proved that at the date of the alleged contravention reasonable steps had been taken to bring the purport of the order to the notice of those persons likely to be affected by it.

(8) An interim order ceases to have effect when a regulation referred to in subsection (5) is made or two years after the order was made, whichever is the earlier.

Constitution Act, 1867

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act

(4) Le gouverneur en conseil ne peut approuver l'arrêté d'urgence que si le ministre:

a) d'une part, dans les vingt-quatre heures suivant la prise de l'arrêté, a offert de consulter tous les gouvernements des provinces concernées afin de déterminer s'ils sont disposés à prendre les moyens nécessaires pour parer au danger en question;

b) d'autre part, a consulté les autres ministres fédéraux afin de déterminer si des mesures peuvent être prises sous le régime de toute autre loi fédérale pour parer au danger en question.

(5) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'approbation par le gouverneur en conseil, les ministres recommandent à celui-ci, à la fois:

a) la prise d'un règlement d'application de l'article 34 ayant le même effet que l'arrêté;

b) l'inscription, sous le régime de l'article 33, de la substance visée sur la liste de l'annexe I dans les cas où elle n'y figure pas.

(6) L'arrêté est soustrait à l'application des articles 3, 5 et 11 de la *Loi sur les textes réglementaires* et publié dans la *Gazette du Canada* dans les vingt-trois jours suivant son approbation.

(7) Nul ne peut être condamné pour violation d'un arrêté d'urgence qui, à la date du fait reproché, n'était pas publié dans la *Gazette du Canada* dans les deux langues officielles, sauf s'il est établi qu'à cette date les mesures nécessaires avaient été prises pour porter la teneur de l'arrêté à la connaissance des personnes susceptibles d'être touchées par celui-ci.

(8) L'arrêté cesse d'avoir effet à la prise du règlement visé au paragraphe (5) ou, au plus tard, deux ans après sa prise.

Loi constitutionnelle de 1867

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement

assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

. . .

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

3. Judicial History

A. *Court of Québec*

In Judge Babin's view, the fundamental question was whether Parliament had the power to regulate the emission of substances harmful to the environment when that environment was situated within a province. Applying the criteria set out by this Court in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, to the Act, he held that the scope of the legislation was unacceptably broad, largely owing to the sweeping definitions given to "environment" and to "toxic". The subject matter of the Act did not exhibit the "singleness, distinctiveness and indivisibility" required by *Crown Zellerbach*. Since a substance could be labelled "toxic" without even necessarily having a harmful effect on human health, he held that the Act was too broad to be sustained under the peace, order and good government power.

For similar reasons, he held that it could not be upheld as criminal law either. Since risk to human health was not necessary for the federal government to move in and impose regulations, he ruled

assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

. . .

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

. . .

Et aucune des matières ressortissant aux catégories de sujets énumérés au présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

3. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Québec*

6 Selon le juge Babin, la question fondamentale était de savoir si le Parlement avait le pouvoir de réglementer les émissions de substances nocives pour l'environnement lorsque l'environnement en cause se trouve à l'intérieur d'une province. Appliquant à la Loi les critères énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, il a conclu que la loi en question avait une portée large inacceptable, principalement en raison des définitions générales données aux mots «environnement» et «toxique». Le sujet visé par la Loi n'avait pas «l'unicité, la particularité et l'indivisibilité» requises par l'arrêt *Crown Zellerbach*. Étant donné qu'une substance pouvait être qualifiée de «toxique» sans même avoir nécessairement un effet nocif sur la santé humaine, il a conclu que la Loi avait une portée trop large pour être justifiée en vertu de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

7 Pour des motifs similaires, il a conclu qu'elle ne pouvait pas non plus être maintenue comme étant du droit criminel. Vu qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait un risque pour la santé humaine pour

that Part II of the Act was legislation aimed primarily at protecting the environment, not at protecting health. Applying the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (hereinafter the “*Margarine Reference*”), he held that the impugned provisions were essentially regulatory, with some [TRANSLATION] “provisions of a criminal nature”, and that they entrenched on areas of jurisdiction reserved to the provinces. He declared s. 6(a) of the Interim Order *ultra vires* and struck it down.

B. *Quebec Superior Court*

8 Trotter J. found that the definitions of “environment” and “toxic” in the Act made it clear that the legislation was aimed at regulating toxic substances generally, not just cases where there might be effects spreading beyond the borders of a single province. He examined *Crown Zellerbach, supra*, and *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, and agreed with Judge Babin that the peace, order and good government power did not justify the Act. In order for the emission of toxic substances anywhere in the environment to qualify as a matter of “national concern” within *Crown Zellerbach*, he held that the provinces would have to be unable to deal with this matter themselves, that it would have to concern Canada as a whole, and that incapacity on the part of one province would have to have real consequences outside the borders of that province. He did not feel these criteria were met in this case, and so he could not support the Act under the peace, order and good government power.

9 He also agreed that the Act was not supportable as criminal law. Examining the provisions at issue, particularly s. 34, he concluded that their aim was truly to regulate, not to prohibit, and that they were accordingly not criminal law within the meaning of *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299.

que le gouvernement fédéral intervienne et prescrive un règlement, il a décidé que la partie II de la Loi visait principalement à protéger l’environnement et non pas la santé. Appliquant le renvoi *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (ci-après le «*Ren voi sur la margarine*»), il a conclu que les dispositions contestées étaient essentiellement de nature réglementaire, qu’elles comprenaient quelques «dispositions de nature criminelle» et qu’elles empiétaient sur des champs de compétence réservés aux provinces. Il a déclaré inconstitutionnel l’al. 6a) de l’arrêté d’urgence et l’a annulé.

B. *Cour supérieure du Québec*

Le juge Trotter a conclu qu’il ressortait clairement des définitions des mots «environnement» et «toxique», contenues dans la Loi, que la mesure législative en cause visait à réglementer les substances toxiques en général, et non pas seulement les cas où des effets pourraient se faire sentir au-delà des frontières d’une seule province. Il a examiné les arrêts *Crown Zellerbach*, précité, et *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, et s’est dit d’accord avec le juge Babin pour affirmer que la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement ne justifiait pas la Loi. Il a statué que, pour que le rejet de substances toxiques n’importe où dans l’environnement constitue une question d’«intérêt national» au sens de l’arrêt *Crown Zellerbach*, il faudrait que les provinces soient incapables de régler elles-mêmes le problème, qu’il s’agisse d’une question qui intéresse le Canada en entier et que l’incapacité d’une province ait des conséquences réelles au-delà de ses propres frontières. Comme il n’avait pas le sentiment que ces critères étaient respectés en l’espèce, il ne pouvait pas justifier la Loi en vertu de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement.

Il a également convenu que la Loi n’était pas justifiable en tant que droit criminel. Examinant les dispositions en cause, en particulier l’art. 34, il a conclu que leur véritable objet était de réglementer et non pas d’interdire, et qu’elles ne constituaient donc pas du droit criminel au sens de l’arrêt

Since the Act could not be supported under either head of jurisdiction, he dismissed the appeal.

C. *Quebec Court of Appeal*

Tourigny J.A. (Nichols and Chamberland J.J.A. concurring) characterized the impugned provisions as being in pith and substance aimed at protecting the environment. Applying *Crown Zellerbach*, *supra*, she held that the broad provisions of the Act lacked the “singleness, distinctiveness and indivisibility” necessary for a matter of national concern. Nor could the Act be upheld under the emergency doctrine of the peace, order and good government power. It was not a temporary measure, and the subject matter had not been proved to be “urgent” within the meaning of the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373.

Tourigny J.A. also held that the provisions of the Act greatly exceeded the legitimate domain of criminal law, even though they took the form of a set of prohibitions backed by penalties. She could not uphold the legislation under peace, order and good government or under s. 91(27), and so she too dismissed the appeal.

4. Issues

On December 21, 1995, the following constitutional question was stated:

Do s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296, and the enabling legislative provisions, ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), fall in whole or in part within the jurisdiction of the Parliament of Canada to make laws for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* or its criminal law jurisdiction under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or otherwise fall within its jurisdiction?

R. c. Sault Ste-Marie, [1978] 2 R.C.S. 1299. Vu que la Loi ne pouvait pas se justifier en vertu de l'un ou l'autre chef de compétence, il a rejeté l'appel.

C. *Cour d'appel du Québec*

Le juge Tourigny (avec l'appui des juges Nichols et Chamberland) a affirmé que les dispositions contestées visaient, de par leur caractère véritable, la protection de l'environnement. Appliquant l'arrêt *Crown Zellerbach*, précité, elle a conclu que les dispositions larges de la Loi n'avaient pas «l'unicité, la particularité et l'indivisibilité» requises pour constituer une question d'intérêt national. La Loi ne pouvait pas non plus être maintenue en vertu de la théorie de l'urgence nationale justifiant l'application de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Il ne s'agissait pas d'une mesure temporaire et il n'a pas été prouvé qu'il s'agissait d'une matière «urgente» au sens du *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

Le juge Tourigny a également conclu que les dispositions de la Loi dépassaient largement le champ légitime du droit criminel, même si elles formaient un ensemble d'interdictions assorties de peines. Comme elle ne pouvait confirmer la validité de la loi en cause ni en vertu de la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, ni en vertu du par. 91(27), elle a, elle aussi, rejeté l'appel.

4. Les questions en litige

Le 21 décembre 1995, la question constitutionnelle suivante a été formulée:

L'alinéa 6a) de l'Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés, C.P. 1989-296, ainsi que les dispositions législatives habilitantes, les art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), relèvent-ils en tout ou en partie de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence en matière criminelle suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

10

11

12

5. Analysis

13 While the constitutional question mentions the Interim Order and its enabling provisions separately, there can be no doubt that the question of the constitutional validity of the Interim Order will be raised only if its enabling provisions themselves are found to be constitutional. That is, if ss. 34 and 35 of the Act are found to be *ultra vires* Parliament, it will then become purely theoretical to analyse the constitutionality of the Interim Order. See P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at p. 14-7, and D. C. Holland and J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), at pp. 170-71. Accordingly, these reasons will focus on the constitutionality of the enabling provisions, ss. 34 and 35.

14 In order to address the issues raised by this appeal, it is necessary to understand the legislative context of the impugned provisions. We will therefore begin by briefly setting out this context.

A. *The Legislative Structure of the Act*

15 The *Canadian Environmental Protection Act* was adopted by Parliament in 1988. It consolidated and replaced several other laws dealing with various kinds of environmental protection. Part II of the Act, which contains ss. 34 and 35, is called "Toxic Substances" and deals with the identification and regulation of substances which could potentially pose a risk to the environment and/or to human health. According to s. 11 of the Act, a substance is toxic where "it is entering or may enter the environment" under conditions "having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment", "constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends", or "constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health". Section 3 broadly defines a "substance" as "any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate" and the "environment" as "the components of the

5. Analyse

Bien que la question constitutionnelle mentionne séparément l'arrêté d'urgence et ses dispositions habilitantes, il n'y a pas de doute que la question de la constitutionnalité de l'arrêté d'urgence ne se posera que si ses dispositions habilitantes sont jugées constitutionnelles. Autrement dit, s'il est jugé que les art. 34 et 35 de la Loi excèdent la compétence du Parlement, l'analyse de la constitutionnalité de l'arrêté d'urgence deviendra purement théorique. Voir P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 14-7, et D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), aux pp. 170 et 171. Par conséquent, les présents motifs seront axés sur la constitutionnalité des dispositions habilitantes, soit les art. 34 et 35.

Pour aborder les questions soulevées dans le présent pourvoi, il est nécessaire de comprendre le contexte législatif dans lequel se situent les dispositions contestées. Nous commencerons donc par un bref exposé de ce contexte.

A. *La structure de la Loi*

La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* a été adoptée par le Parlement en 1988. Elle réunissait et remplaçait plusieurs autres lois traitant de divers types de protection de l'environnement. La partie II de la Loi, qui contient les art. 34 et 35, s'intitule «Substances toxiques» et porte sur l'identification et la réglementation de substances susceptibles de présenter un risque pour l'environnement ou la santé humaine, ou pour les deux à la fois. Selon l'art. 11 de la Loi, est toxique toute substance «qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement» dans des conditions «de nature à [...] avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement», à «mettre en danger l'environnement essentiel pour la vie humaine» ou à «constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine». L'article 3 donne une définition large du terme «substance» en la décrivant comme étant «[t]oute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable», et du terme «environnement», qu'il décrit comme étant l'«[e]nsemble des conditions et des éléments natu-

Earth”. “Harmful effect” and “danger” are not defined.

The Act instructs the Ministers of the Environment and Health to compile and maintain four lists: the Domestic Substances List (DSL), the Non-Domestic Substances List (NDSL), the Priority Substances List (PSL) and the List of Toxic Substances (LTS). The DSL includes all substances in use in Canada since 1986 (some 21,700 substances as of January 1991). The NDSL contains all other substances. At present, the NDSL list includes over 41,000 substances. See E. A. Fitzgerald, “The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act” (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 55, at p. 70. There is a blanket restriction on importing NDSL substances into Canada until they are approved (s. 26).

Sections 12 and 13 of the Act require the Ministers to compile a “Priority Substances List” specifying those substances to which priority should be given in determining whether or not they should be placed on the List of Toxic Substances. Under s. 15, either the Minister of the Environment or the Minister of Health may conduct investigations with a view to determining whether a given substance is toxic. The Ministers may examine, *inter alia*, the nature of the substance in question, its effects on natural biological processes, the extent to which the substance will persist in the environment, its ability to bio-accumulate, methods of controlling it, and methods of reducing the amount of it used. Section 16 provides that the Minister of the Environment can require private citizens to provide him or her with information about, or samples of, substances which the Minister suspects may be toxic and under s. 18, the Minister can order that persons with information about a substance which might be toxic provide that information to him or her.

Once a priority listed substance is found to be toxic within the meaning of s. 11, the Ministers may recommend adding it to the List of Toxic Sub-

rels de la terre». Les expressions «effet nocif» et «danger» ne sont pas définis.

En vertu de la Loi, les ministres de l'Environnement et de la Santé doivent établir et tenir quatre listes de substances: la liste intérieure, la liste extérieure, la liste prioritaire et la liste des substances toxiques. La liste intérieure comprend toutes les substances utilisées au Canada depuis 1986 (quelque 21 700 substances en janvier 1991). La liste extérieure énumère toutes les autres substances. À l'heure actuelle, cette dernière liste comprend plus de 41 000 substances. Voir E. A. Fitzgerald, «The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environmental Protection Act» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 55, à la p. 70. Il existe une interdiction générale d'importer au Canada les substances figurant sur la liste extérieure aussi longtemps qu'elles ne sont pas approuvées (art. 26).

En vertu des art. 12 et 13 de la Loi, les ministres doivent établir une «liste prioritaire» qui énumère les substances pour lesquelles il est prioritaire de déterminer si elles doivent ou non être inscrites sur la liste des substances toxiques. L'article 15 prévoit que le ministre de l'Environnement ou le ministre de la Santé peut tenir des enquêtes afin de déterminer si une substance donnée est toxique. Les ministres peuvent examiner, notamment, la nature de la substance en question, ses effets sur des processus biologiques naturels, la mesure dans laquelle elle persistera dans l'environnement, sa capacité d'accumulation dans les tissus biologiques, les méthodes permettant d'en limiter la présence et celles permettant d'en réduire la quantité utilisée. L'article 16 prévoit que le ministre de l'Environnement peut exiger de simples citoyens qu'ils lui fournissent des renseignements sur les substances qu'il juge susceptibles d'être toxiques, ou des échantillons de ces substances, et, en vertu de l'art. 18, le Ministre peut ordonner que les personnes qui possèdent des renseignements sur une substance susceptible d'être toxique lui fournissent ces renseignements.

Dès qu'il est jugé qu'une substance figurant sur la liste prioritaire est toxique au sens de l'art. 11, les ministres peuvent recommander son ajout à la

16

17

18

stances. After a federal-provincial advisory committee (established under s. 6) has been given an opportunity to provide its advice, the Governor in Council may add the substance to the list and bring it under the regulatory control of s. 34.

liste des substances toxiques. Après qu'un comité consultatif fédéro-provincial (constitué en vertu de l'art. 6) a eu la possibilité de formuler ses conseils, le gouverneur en conseil peut ajouter la substance à la liste et la soumettre au contrôle réglementaire de l'art. 34.

19

Section 34 provides for the regulation of substances on the List of Toxic Substances. The Governor in Council is given extensive powers to prescribe regulations dealing with every conceivable aspect of the listed substance, including: the quantity or concentration in which it can be released; the commercial or manufacturing activity in the course of which it can be released; the quantity of that substance that can be manufactured, imported, owned, sold, or used — including total prohibitions on its manufacture, importation, ownership, use or sale — and likewise the manner in and purposes for which it can be manufactured, imported, processed, used, offered for sale or sold; the manner and conditions in which the substance may be advertised, stored, displayed, handled, transported or offered for transport; the manner, conditions, places and method of disposal of the substance; the maintenance of books and records in respect of the substance; and the extent to which reports must be made to the Minister regarding the monitoring of the substance. Section 34(1)(x) allows the Governor in Council to regulate “any other matter necessary to carry out the purposes of this Part”.

L'article 34 prescrit la réglementation des substances inscrites sur la liste des substances toxiques. Le gouverneur en conseil est investi de pouvoirs considérables de prendre des règlements concernant tous les aspects imaginables de la substance inscrite sur la liste, dont la quantité ou la concentration dans lesquelles elle peut être rejetée, les activités commerciales ou de fabrication au cours desquelles son rejet est permis, la quantité de cette substance qui peut être fabriquée, importée, possédée, vendue ou utilisée — y compris les interdictions absolues de la fabriquer, de l'importer, de la posséder, de l'utiliser ou de la vendre — de même que les modalités et l'objet de la fabrication, de l'importation, de la transformation, de l'utilisation, de la mise en vente et de la vente de la substance, les modalités et les conditions de publicité, de stockage, de présentation, de manutention, de transport ou d'offre de transport de la substance, les modalités, lieux et méthodes d'élimination de la substance, la tenue de livres et de registres la concernant et la mesure dans laquelle des rapports doivent être faits au Ministre en ce qui concerne sa surveillance. L'alinéa 34(1)x) permet au gouverneur en conseil de prendre des règlements touchant «toute autre mesure d'application de la présente partie».

20

Where a substance is not on the List of Toxic Substances (or where it is listed, but the Ministers believe that it is not adequately regulated), and where the Ministers believe that immediate action is necessary in respect of that substance, s. 35 allows for the making of “interim orders” without going through the usual procedure. These orders can contain any regulation which could have been made under s. 34, but they remain in effect for only 14 days unless they are approved by the Governor in Council. Approval can be given only if, *inter alia*, the Ministers have offered to consult with the governments of any affected provinces to

Si une substance n'est pas inscrite sur la liste des substances toxiques (ou si, bien qu'elle y soit inscrite, les ministres estiment qu'elle n'est pas convenablement réglementée) et si les ministres croient qu'une intervention immédiate est nécessaire à son égard, l'art. 35 permet de prendre des «arrêtés d'urgence» sans suivre la procédure habituelle. Ces arrêtés peuvent comporter les mêmes dispositions qu'un règlement pris aux termes de l'art. 34, mais ils ne demeurent en vigueur que pendant 14 jours, à moins d'être approuvés par le gouverneur en conseil. Cette approbation ne peut être donnée que si, notamment, les ministres ont

see whether they are prepared to take sufficient action to deal with the threat posed by the substance (s. 35(4)). According to s. 35(8), interim orders expire after two years, even if such approval is granted.

As stated above, this appeal arose as a result of an interim order made in 1989 by the then Minister of the Environment, the Honourable Lucien Bouchard. It restricted the emission of chlorobiphenyls ("PCBs") to 1 gram per day. The respondent was charged with breaching this Interim Order and challenged the charges by claiming that the Interim Order, as well as the underlying provisions supporting it, were *ultra vires* Parliament.

Finally, the Act prescribes a number of civil and criminal penalties. Section 113(f), for example, creates an offence of contravening regulations made under s. 34. The punishment ranges from a maximum \$300,000 fine or six months imprisonment (or both) on summary conviction to a maximum \$1 million fine or three years imprisonment (or both) on indictment. A defence of due diligence is allowed for all offences under the Act except those under s. 114 (knowingly providing false or misleading information), s. 115(1)(a) (intentionally or recklessly causing an environmental disaster) or s. 115(1)(b) (showing wanton or reckless disregard for the lives or safety of other persons). These offences require a higher standard of moral culpability.

B. *The Pith and Substance of the Legislation*

The manner of analysing matters involving division of powers is well established: see Hogg, *supra*, at p. 15-6. The law in question must first be characterized in relation to its "pith and substance", that is, its dominant or most important characteristic. One must then see if the law, seen in

offert de consulter le gouvernement de toute province concernée afin de déterminer s'il est disposé à prendre les moyens nécessaires pour parer à la menace que constitue la substance (par. 35(4)). Selon le par. 35(8), les arrêtés d'urgence cessent d'être en vigueur au bout de deux ans, même si une telle approbation est donnée.

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi fait suite à un arrêté d'urgence pris en 1989 par le ministre de l'Environnement de l'époque, l'honorable Lucien Bouchard. L'arrêté limitait à 1 g par jour les émissions de biphényles chlorés (BPC). L'intimée, accusée d'avoir contrevenu à cet arrêté d'urgence, a contesté les accusations portées contre elle en soutenant que l'arrêté d'urgence et les dispositions le sous-tendant excédaient la compétence du Parlement.

Enfin, la Loi prescrit un certain nombre de peines civiles et criminelles. Selon l'al. 113f), par exemple, commet une infraction quiconque ne se conforme pas aux règlements pris sous le régime de l'art. 34. Cette infraction est punissable, par procédure sommaire, d'une amende maximale de 300 000 \$ ou d'un emprisonnement maximal de six mois (ou des deux à la fois), ou, par mise en accusation, d'une amende maximale d'un million de dollars ou d'un emprisonnement maximal de trois ans (ou des deux à la fois). Une défense de diligence convenable ou raisonnable est permise pour toutes les infractions prévues à la Loi, sauf celles décrites à l'art. 114 (communiquer sciemment des renseignements faux ou trompeurs), à l'al. 115(1)a) (provoquer, intentionnellement ou par imprudence grave, une catastrophe environnementale) ou à l'al. 115(1)b) (faire preuve d'imprudence ou d'insouciance graves à l'endroit de la vie ou de la sécurité d'autrui). Ces infractions requièrent une norme plus stricte de culpabilité morale.

B. *Le caractère véritable de la loi en cause*

La méthode d'analyse des questions concernant le partage des compétences est bien établie: voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-6. La loi en question doit d'abord être qualifiée en fonction de son «caractère véritable», c'est-à-dire de sa caractéristique dominante ou la plus importante. Il faut ensuite se

21

22

23

this light, can be successfully assigned to one of the government's heads of legislative power.

demander si la loi, vue sous cet angle, relève à bon droit de l'un des chefs de compétence législative du gouvernement.

24 In this case, the Quebec Court of Appeal held that, although one of the effects of Part II of the Act is to protect human life and health, its pith and substance lies in the protection of the environment (at p. 405):

En l'espèce, la Cour d'appel du Québec a statué que, même si l'un des effets de la partie II de la Loi est de protéger la vie et la santé humaines, son caractère véritable réside dans la protection de l'environnement (à la p. 405):

[TRANSLATION] It can be seen from a careful examination of the provisions at issue that Parliament has chosen to regulate the release of toxic substances into the environment for the stated purpose of protecting human life and health. There is of course no question that one of the effects of the adopted measures is to promote the protection of human life and health. However, it is my view that the pith and substance of both the *Chlorobiphenyls Interim Order* and the enabling provisions pursuant to which it was made is the protection of the environment.

L'étude attentive des dispositions en cause révèle que le législateur a choisi de réglementer le rejet de substances toxiques dans l'environnement dans le but déclaré de protéger la vie humaine et la santé. Il n'est certes pas douteux que l'un des effets des mesures adoptées soit de favoriser la protection de la vie humaine et de la santé. J'estime cependant que, dans leur caractère véritable, tant l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés* que les dispositions habilitantes en vertu desquelles il a été pris visent la protection de l'environnement.

25 The respondent Hydro-Québec and the *mis en cause* the Attorney General of Quebec agree with this characterization and suggest that the true goal of the legislation is the regulation of environmental protection, writ large. The appellant, on the other hand, argues that the true object of Part II of the Act is simply the control of pollution caused by toxic substances (like PCBs), which are capable of being dispersed into the environment and whose level of toxicity is such as to pose a serious risk of harm to the environment and to human health and life. Several interveners support this claim, submitting that the impugned provisions seek simply to create national standards for the control of toxic substances. They cite in this regard various government ministry and legislative committee reports: see, e.g., Environment Canada and Health and Welfare Canada, *Final Report of the Environmental Contaminants Act Amendments Consultative Committee* (1986); Environment Canada, *The Right to a Healthy Environment: An Overview of the Proposed Environmental Protection Act* (1987).

L'intimée Hydro-Québec et le mis en cause le procureur général du Québec acceptent cette qualification et affirment que le véritable objectif de la Loi est nettement la réglementation de la protection de l'environnement. L'appelant, pour sa part, soutient que le véritable objet de la partie II de la Loi est simplement le contrôle de la pollution causée par des substances toxiques (comme les BPC) qui peuvent se disperser dans l'environnement et dont le degré de toxicité est tel qu'elles présentent un risque grave pour l'environnement ainsi que la santé et la vie humaines. Plusieurs intervenants appuient cette prétention en soutenant que les dispositions contestées visent simplement à établir des normes nationales de contrôle des substances toxiques. Ils citent à cet égard divers rapports de ministères et de comités législatifs: voir, par exemple, Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada, *Rapport final du Comité consultatif sur les modifications à la Loi sur les contaminants de l'environnement* (1986); Environnement Canada, *Le droit à un environnement sain: Aperçu du projet de loi sur la protection de l'environnement* (1987).

26 In our view, the dominant characteristic of the impugned legislation is apparent from its plain text. Part II of the Act seeks, at first glance, to pro-

À notre avis, la caractéristique dominante de la loi contestée ressort à sa lecture même. La partie II de la Loi vise, à première vue, à protéger l'envi-

protect the environment, human health and life from harm owing to the release of toxic substances. As noted above, it seeks to do so through extensive — indeed, comprehensive — regulation of these substances and the ways in which they may come into contact with the environment. That being said, we believe it is also necessary to consider the sweeping definitions given by the Act to “environment” and “toxic substance”. Section 3 defines the “environment” as follows:

3. (1) In this Act,

. . . .

“environment” means the components of the Earth and includes

- (a) air, land and water,
- (b) all layers of the atmosphere,
- (c) all organic and inorganic matter and living organisms, and
- (d) the interacting natural systems that include components referred to in paragraphs (a) to (c);

Even broader is the definition given to “substance”:

“substance” means any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate, and includes

- (a) any matter that is capable of being dispersed in the environment or of being transformed in the environment into matter that is capable of being so dispersed or that is capable of causing such transformations in the environment,
- (b) any element or free radical,
- (c) any combination of elements of a particular molecular identity that occurs in nature or as a result of a chemical reaction, and
- (d) complex combinations of different molecules that originate in nature or are the result of chemical reactions but that could not practicably be formed by simply combining individual constituents,

and, except for the purposes of sections 25 to 32, includes

ronnement ainsi que la santé et la vie humaines contre les effets nocifs du rejet de substances toxiques. Comme nous l’avons vu, elle cherche à réaliser cela par l’entremise d’une réglementation détaillée, voire exhaustive, de ces substances et des façons dont elles peuvent entrer en contact avec l’environnement. Cela dit, nous croyons qu’il est également nécessaire de tenir compte des définitions larges des expressions «environnement» et «substance toxique» contenues dans la Loi. Voici comment l’art. 3 définit le mot «environnement»:

3. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . . .

«environnement» Ensemble des conditions et des éléments naturels de la terre, notamment:

- a) l’air, l’eau et le sol;
- b) toutes les couches de l’atmosphère;
- c) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants;
- d) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) à c).

La définition du terme «substance» est encore plus large:

«substance» Toute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable. La présente définition vise notamment:

- a) les matières susceptibles soit de se disperser dans l’environnement, soit de s’y transformer en matières dispensables, ainsi que les matières susceptibles de provoquer de telles transformations dans l’environnement;
- b) les radicaux libres ou les éléments;
- c) les combinaisons d’éléments à l’identité moléculaire précise soit naturelles, soit consécutives à une réaction chimique;
- d) des combinaisons complexes de molécules différentes, d’origine naturelle ou résultant de réactions chimiques, mais qui ne pourraient se former dans la pratique par la simple combinaison de leurs composants individuels.

Elle vise aussi, sauf pour l’application des articles 25 à 32:

(e) any mixture that is a combination of substances and does not itself produce a substance that is different from the substances that were combined,

(f) any manufactured item that is formed into a specific physical shape or design during manufacture and has, for its final use, a function or functions dependent in whole or in part on its shape or design, and

(g) any animate matter that is, or any complex mixtures of different molecules that are, contained in effluents, emissions or wastes that result from any work, undertaking or activity;

28

The Act is not, as was suggested by the appellant, aimed specifically at chemical substances; rather, it purports to cover “any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate”. Section 11 determines when a substance will be “toxic”, and therefore subject to federal regulation:

11. For the purposes of this Part, a substance is toxic if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions

(a) having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment;

(b) constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends; or

(c) constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health.

29

Paragraphs 11(a) through (c) are not cumulative. It will suffice to bring a substance under federal regulatory control that it pose a risk to human life or health, part of the environment upon which human life depends, or the environment itself.

30

In this regard, we note that we cannot, with respect, agree with our colleague, La Forest J., that the criteria found in s. 11 are simply a “drafting tool” or that to speak of s. 11 as a definition is “misleading”. The purpose of this section is to delineate from the category of “substances” (as defined by s. 3) those particular substances which qualify for regulation under ss. 34 and 35. It does so by specifying that “toxic” substances are, for the purposes of Part II, those which are capable of

e) les mélanges combinant des substances et ne produisant pas eux-mêmes une substance différente de celles qui ont été combinées;

f) les articles manufacturés dotés d’une forme ou de caractéristiques matérielles précises pendant leur fabrication et qui ont, pour leur utilisation finale, une ou plusieurs fonctions en dépendant, en tout ou en partie;

g) les matières animées ou les mélanges complexes de molécules différentes qui sont contenus dans les effluents, les émissions ou les déchets attribuables à des travaux, des entreprises ou des activités.

Contrairement à ce qu’a prétendu l’appelant, la Loi ne vise pas les substances chimiques en particulier; elle a plutôt pour objet de régler «[t]oute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable». L’article 11 définit la substance «toxique» qui, du fait même, est assujettie à la réglementation fédérale:

11. Pour l’application de la présente partie, est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l’environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions de nature à:

a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l’environnement;

b) mettre en danger l’environnement essentiel pour la vie humaine;

c) constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine.

Les alinéas 11a) à c) ne sont pas cumulatifs. Pour qu’une substance soit assujettie au contrôle réglementaire fédéral, il suffit qu’elle présente un risque pour la vie ou la santé humaine, pour une partie de l’environnement essentielle à la vie humaine, ou pour l’environnement même.

À cet égard, nous soulignons que nous ne pouvons pas, en toute déférence, être d’accord avec notre collègue le juge La Forest pour dire que les critères énoncés à l’art. 11 ne sont qu’un «moyen rédactionnel» ou qu’il est «trompeur» de qualifier de définition l’art. 11. L’objet de cet article est d’extraire de la catégorie des «substances» (définies à l’art. 3) celles qui peuvent être réglementées sous le régime des art. 34 et 35. Il le fait en précisant que les substances «toxiques» sont, aux fins

posing one of the threats listed above. This seems to us a clear statement of Parliament's intentions in this area. As was held in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at p. 1050:

[T]he first task of a court construing a statutory provision is to consider the meaning of its words in the context of the statute as a whole. If the meaning of the words when they are considered in this context is clear, there is no need for further interpretation. The basis for this general rule is that when such a plain meaning can be identified this meaning can ordinarily be said to reflect the legislature's intention.

Nothing in the Act suggests that "toxic" is to be defined by any criteria other than those given in s. 11. Moreover, no special definition is given to the terms "harmful effect" and "danger". It is, in our view, accordingly clear from the wording of the legislation that "toxicity" is intended to be conditional upon meeting the criteria set out in ss. 3 and 11(a) to (c). If a substance (which can be essentially anything) poses or may pose a risk to human life or health, or to the environment upon which human life depends, or to any aspect of the environment itself, it qualifies as toxic according to the Act and may be made the subject of comprehensive federal regulation.

Nor are we convinced that the federal-provincial consultative process contemplated in s. 35(4) of the Act has the effect of changing the character of the impugned provisions. Although we understand why Parliament might wish to seek the opinion of provincial legislatures before enacting regulations which would affect areas under their supervision, nothing in the Act requires that this process be anything other than consultative. That is, once having consulted affected provincial governments, Parliament is left free to pass whatever regulations it sees fit in order to address the threat posed by substances qualifying as "toxic".

de la partie II, celles qui sont susceptibles de constituer l'une des menaces énumérées plus haut. Il nous semble que cela constitue un énoncé clair des intentions du Parlement dans ce domaine. Comme il a été décidé dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, à la p. 1050:

[L]a première tâche du tribunal appelé à interpréter une disposition législative consiste à examiner le sens de ses mots dans le contexte global de la loi. Si le sens des mots examinés dans ce contexte est clair, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'interprétation. Le fondement de cette règle générale est que lorsqu'il est ainsi possible d'identifier un sens clair, on peut généralement présumer que ce sens reflète l'intention du législateur.

Rien dans la Loi ne porte à croire que le terme «toxique» doit être défini selon des critères autres que ceux énoncés à l'art. 11. En outre, elle ne contient aucune définition particulière des expressions «effet nocif» et «danger». À notre avis, il ressort clairement du libellé de la Loi qu'on a voulu que, pour qu'une substance soit qualifiée de «toxique», elle doit satisfaire aux critères énoncés à l'art. 3 et aux al. 11a) à c). La substance (qui peut essentiellement être n'importe quoi) qui présente ou est susceptible de présenter un risque pour la vie ou la santé humaine, pour l'environnement essentiel à la vie humaine ou pour tout autre aspect de l'environnement lui-même, est toxique au sens de la Loi et elle peut faire l'objet d'une réglementation fédérale détaillée.

Nous ne sommes pas convaincus non plus que le processus de consultation fédéro-provincial envisagé au par. 35(4) de la Loi a pour effet de modifier la nature des dispositions contestées. Bien que nous comprenions pourquoi le Parlement pourrait vouloir consulter des assemblées législatives provinciales avant de prendre un règlement ayant une incidence sur des domaines assujettis à leur contrôle, rien dans la Loi n'exige que ce processus soit de nature autre que consultative. Autrement dit, une fois qu'il a consulté les gouvernements provinciaux concernés, le Parlement est libre de prendre tout règlement qu'il juge nécessaire pour contrer la menace que constituent des substances qui présentent les caractéristiques requises pour être qualifiées de «toxiques».

31

32

33

In light of these factors, we believe the pith and substance of Part II of the Act lies in the wholesale regulation by federal agents of any and all substances which may harm any aspect of the environment or which may present a danger to human life or health. That is, the impugned provisions are in pith and substance aimed at protecting the environment and human life and health from any and all harmful substances by regulating these substances. It remains to be seen whether this can be justified under any of the heads of power listed in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. In that connection, we will begin by considering s. 91(27), the criminal law power.

C. *The Criminal Law Power*

34

Parliament has been given broad and exclusive power to legislate in relation to criminal law by virtue of s. 91(27): *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226. This power has traditionally been construed generously. As La Forest J. noted in *RJR-MacDonald*, at p. 240, “[i]n developing a definition of the criminal law, this Court has been careful not to freeze the definition in time or confine it to a fixed domain of activity”.

35

Nevertheless, the criminal law power has always been made subject to two requirements: laws purporting to be upheld under s. 91(27) must contain prohibitions backed by penalties; and they must be directed at a “legitimate public purpose” (*Scowby*, at p. 237). As Rand J. stated in the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legisla-

Compte tenu de ces facteurs, nous estimons que le caractère véritable de la partie II de la Loi réside dans la réglementation systématique, par des organismes fédéraux, de toutes les substances susceptibles d’avoir un effet nocif sur un aspect de l’environnement, ou de présenter un danger pour la vie ou la santé humaine. En d’autres termes, les dispositions contestées visent, de par leur caractère véritable, à protéger l’environnement ainsi que la vie et la santé humaines contre les substances nocives en réglementant celles-ci. Il reste à voir si cela peut être justifié en vertu de l’un ou l’autre des chefs de compétence énumérés à l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À ce propos, nous allons commencer par examiner le par. 91(27), soit la compétence en matière de droit criminel.

C. *La compétence en matière de droit criminel*

Le paragraphe 91(27) a attribué au Parlement la compétence vaste et exclusive pour légiférer en matière de droit criminel: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226. Cette compétence a traditionnellement été interprétée libéralement. Comme l’a souligné le juge La Forest dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, à la p. 240, «[d]ans l’élaboration d’une définition du droit criminel, notre Cour a pris soin de ne pas geler la définition à une époque déterminée ni de la restreindre à un domaine d’activité fixe».

Néanmoins, la compétence en matière de droit criminel a toujours été assujettie à deux exigences: les lois censées être maintenues en vertu du par. 91(27) doivent contenir des interdictions assorties de peines et elles doivent viser «un objectif public légitime» (*Scowby*, à la p. 237). Comme le juge Rand l’a affirmé dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50:

[TRADUCTION] Le crime est l’acte que la loi interdit et auquel elle attache une peine; les interdictions portant sur quelque chose, l’on peut toujours trouver à leur base une situation contre laquelle le législateur veut, dans l’intérêt public, lutter. La situation que le législateur a voulu faire cesser ou les intérêts qu’il a voulu sauvegarder peuvent être autant du domaine social que du domaine économique ou politique; et la législature avait

ture has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law. . . .

These two criteria have been consistently applied: see e.g. *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Scowby*, *supra*; *RJR-MacDonald*, *supra*; see also *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 348. Criminal law under s. 91(27) must attempt to achieve a criminal public purpose through the imposition of prohibitions and penalties. Colourable attempts to invade areas of provincial jurisdiction under the guise of criminal legislation will be declared *ultra vires*. As La Forest J. wrote in *RJR-MacDonald*, at p. 246:

The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law. . . . [Emphasis added.]

These comments were made in the context of criminal legislation concerning health, but we see no reason why they should not be of general application as regards s. 91(27). See also *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984.

The next step is therefore to examine the impugned provisions and determine whether they meet these criteria. In our view, they fall short.

à l'esprit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés.

La prohibition est-elle alors adoptée en vue d'un objectif public qui peut la faire considérer comme relative au droit criminel? La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité: ce sont là des buts habituels, bien que non exclusifs, que poursuit ce droit. . . .

Ces deux critères ont été constamment appliqués: voir, par exemple, *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Scowby*, précité; *RJR-MacDonald*, précité; voir également *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, à la p. 348. Le droit criminel au sens du par. 91(27) doit tenter d'atteindre un objectif public en matière criminelle par l'imposition d'interdictions et de peines. Les tentatives déguisées d'empiéter sur des champs de compétence provinciale sous le couvert d'une loi criminelle seront déclarées inconstitutionnelles. Comme le juge La Forest l'a écrit dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, à la p. 246:

Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n'est circonscrite que par les exigences voulant qu'elles comportent une interdiction accompagnée d'une sanction pénale, et qu'elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiètement «spécieux» sur la compétence provinciale, c'est alors une loi valide en matière criminelle. . . . [Je souligne.]

Ces commentaires ont été faits à l'égard d'une loi criminelle concernant la santé, mais nous ne voyons pas pourquoi ils ne devraient pas avoir une application générale en ce qui concerne le par. 91(27). Voir également *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984.

La prochaine étape consiste donc à examiner les dispositions contestées pour déterminer si elles satisfont à ces critères. À notre avis, elles n'y satis-

36

37

38

While the protection of the environment is a legitimate public purpose which could support the enactment of criminal legislation, we believe the impugned provisions of the Act are more an attempt to regulate environmental pollution than to prohibit or proscribe it. As such, they extend beyond the purview of criminal law and cannot be justified under s. 91(27).

(i) A Legitimate Public Purpose

39

The appellant and several interveners urged us to uphold the provisions as related to health, one of the criminal public purposes recognized in the *Margarine Reference*, *supra*. In this regard, they cited numerous studies outlining the hazardous effects of PCBs, which were the subject of the Interim Order that gave rise to this litigation. See e.g. Canadian Council of Resource and Environment Ministers, *The PCB Story* (1986); Health and Welfare Canada, *A Review of the Toxicology and Human Health Aspects of PCB's (1978-1982)* (1985). With respect, the toxicity of PCBs, while clearly important to the environment itself, is not directly relevant to this appeal, since what is at issue is not simply the Interim Order, but the enabling provisions under which that order was enacted. That is, the question is not whether PCBs pose a danger to human health, which it appears they clearly do, but whether the Act purports to grant federal regulatory power over substances which may not pose such a danger.

40

In our view, there is no question but that the Act does so. Section 11 provides as follows:

11. For the purposes of this Part, a substance is toxic if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions

(a) having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment;

font pas. Bien que la protection de l'environnement soit un objectif public légitime qui pourrait justifier l'adoption d'une loi criminelle, nous croyons que les dispositions contestées de la Loi constituent plus une tentative de réglementer la pollution de l'environnement qu'une tentative de l'interdire ou de la proscrire. Pour cette raison, elles excèdent les limites du droit criminel et ne peuvent être justifiées en vertu du par. 91(27).

(i) Un objectif public légitime

L'appelant et plusieurs intervenants nous ont invités à confirmer la validité des dispositions pour le motif qu'elles avaient trait à la santé qui est l'un des objectifs publics en matière criminelle reconnus dans le *Renvoi sur la margarine*, précité. À cet égard, ils ont cité de nombreuses études exposant les effets nocifs des BPC, qui ont fait l'objet de l'arrêté d'urgence à l'origine du présent litige. Voir, par exemple, Conseil canadien des ministres des ressources et de l'environnement, *La question des BPC* (1986); Santé et Bien-être social Canada, *Examen de la toxicologie et des questions sanitaires relatives aux BPC (1978-1982)* (1985). En toute déférence, la toxicité des BPC, bien que manifestement importante en ce qui concerne l'environnement même, n'est pas directement pertinente relativement au présent pourvoi, étant donné que ce qui est en cause est non seulement l'arrêté d'urgence, mais encore les dispositions habilitantes en vertu desquelles il a été pris. Autrement dit, il ne s'agit pas de savoir si les BPC présentent un danger pour la santé humaine, ce qui semble être clairement le cas, mais plutôt de savoir si la Loi a pour effet d'accorder un pouvoir fédéral de réglementer des substances susceptibles de ne pas présenter un tel danger.

À notre avis, il ne fait aucun doute que tel est l'effet de la Loi. Voici le libellé de l'art. 11:

11. Pour l'application de la présente partie, est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions de nature à:

a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement;

(b) constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends; or

(c) constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health.

As noted above, these are not cumulative requirements. It is not necessary that a substance constitute a danger to human life or health for it to be labelled “toxic” and brought under federal control; under s. 11(a), it is enough that it may have a harmful effect on the environment. It is not even necessary to show that the aspect of the environment threatened be one upon which human life depends; this is made a separate category under s. 11(b), and should not, therefore, be read into s. 11(a). A substance which affected groundhogs, for example, but which had no effect on people could be labelled “toxic” under s. 11(a) and made subject to wholesale federal regulation.

By defining “toxic” in this way, Parliament has taken explicit steps to ensure that no risk to human life or health, direct or indirect, would have to be proven before regulatory control could be assumed over a given substance. As such, we cannot see how the provisions can be upheld as legislation relating to health. Their scope extends well beyond matters relating to human health into the realm of general ecological protection. Parliament’s clear intention was to allow for federal intervention where the environment itself was at risk, whether or not the substances concerned posed a threat to human health and whether or not the aspect of the environment affected was one on which human life depended. Having specifically excluded both direct and indirect danger to human health as preconditions for the application of these provisions, Parliament cannot now say that they were enacted in order to guard against such dangers.

To the extent that La Forest J. suggests that this legislation is supportable as relating to health,

b) mettre en danger l’environnement essentiel pour la vie humaine;

c) constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine.

Tel que souligné plus haut, ces exigences ne sont pas cumulatives. Il n’est pas nécessaire qu’une substance constitue un danger pour la vie ou la santé humaine pour qu’elle soit qualifiée de «toxique» et assujettie au contrôle fédéral; aux termes de l’al. 11a), il suffit qu’elle soit susceptible d’avoir un effet nocif sur l’environnement. Il n’est même pas nécessaire de démontrer que l’aspect de l’environnement menacé est essentiel à la vie humaine; cela fait l’objet d’une catégorie distincte prévue à l’al. 11b) et ne doit donc pas être considéré comme faisant partie de l’al. 11a). Une substance qui nuirait aux marmottes, par exemple, mais qui n’aurait aucun effet sur les gens pourrait être qualifiée de «toxique» aux termes de l’al. 11a) et être assujettie à une réglementation fédérale systématique.

En définissant ainsi le mot «toxique», le Parlement a pris des mesures expresses pour s’assurer qu’aucun risque direct ou indirect pour la vie ou la santé humaine ne devrait être établi pour pouvoir réglementer une substance donnée. Pour cette raison, nous ne voyons pas comment les dispositions en cause peuvent être maintenues en tant que mesures législatives concernant la santé. Leur portée dépasse largement les questions de santé humaine et s’étend au domaine de la protection écologique générale. Le Parlement avait manifestement l’intention de permettre au gouvernement fédéral d’intervenir en cas de risque pour l’environnement même, peu importe que les substances concernées constituent ou non une menace pour la santé humaine ou que l’aspect de l’environnement touché soit essentiel ou non à la vie humaine. Après avoir écarté expressément tant le danger direct qu’indirect pour la vie humaine en tant que condition préalable à l’application de ces dispositions, le Parlement ne peut maintenant affirmer qu’elles ont été adoptées afin de parer à de tels dangers.

Par conséquent, dans la mesure où le juge La Forest dit que la présente loi peut être justifiée

41

42

43

therefore, we must respectfully disagree. We agree with him, however, that the protection of the environment is itself a legitimate criminal public purpose, analogous to those cited in the *Margarine Reference*, *supra*. We would not add to his lucid reasoning on this point, save to state explicitly that this purpose does not rely on any of the other traditional purposes of criminal law (health, security, public order, etc.). To the extent that Parliament wishes to deter environmental pollution specifically by punishing it with appropriate penal sanctions, it is free to do so, without having to show that these sanctions are ultimately aimed at achieving one of the “traditional” aims of criminal law. The protection of the environment is itself a legitimate basis for criminal legislation.

44 However, we still do not feel that the impugned provisions qualify as criminal law under s. 91(27). While they have a legitimate criminal purpose, they fail to meet the other half of the *Margarine Reference* test. The structure of Part II of the Act indicates that they are not intended to prohibit environmental pollution, but simply to regulate it. As we will now explain in further detail, they are not, therefore, criminal law: see *Hauser, supra*, at p. 999.

(ii) Prohibitions Backed by Penalties

45 Ascertaining whether a particular statute is prohibitive or regulatory in nature is often more of an art than a science. As Cory J. acknowledged in *Knox Contracting, supra*, what constitutes criminal law is often “easier to recognize than define” (p. 347). Some guidelines have, however, emerged from previous jurisprudence.

46 The fact that a statute contains a prohibition and a penalty does not necessarily mean that statute is criminal in nature. Regulatory statutes commonly prohibit violations of their provisions or regulations promulgated under them and provide penal

en tant que loi concernant la santé, nous devons exprimer, en toute déférence, notre désaccord. Nous sommes cependant d'accord avec lui pour dire que la protection de l'environnement est en soi un objectif public légitime en matière criminelle, analogue à ceux mentionnés dans le *Renvoi sur la margarine*, précité. Sans vouloir ajouter quoi que ce soit à son raisonnement limpide sur ce point, nous tenons à préciser que cet objectif ne se fonde sur aucun des autres objectifs traditionnels du droit criminel (santé, sécurité, ordre public, etc.). Dans la mesure où il souhaite dissuader expressément de polluer l'environnement, par l'imposition de peines appropriées, le Parlement est libre de le faire sans avoir à démontrer que ces peines visent, en fin de compte, à atteindre l'un des objectifs «traditionnels» du droit criminel. La protection de l'environnement représente en soi une justification légitime d'une loi criminelle.

Toutefois, nous n'estimons pas que les dispositions contestées peuvent être qualifiées de droit criminel au sens du par. 91(27). Même si elles visent un objectif légitime en matière criminelle, elles ne satisfont pas à l'autre moitié du critère du *Renvoi sur la margarine*. Il ressort de la structure de la partie II de la Loi qu'elles visent non pas à interdire la pollution de l'environnement, mais simplement à la réglementer. Comme nous allons maintenant l'expliquer de manière plus détaillée, elles ne constituent donc pas du droit criminel: voir *Hauser*, précité, à la p. 999.

(ii) Interdictions assorties de peines

Vérifier si une loi particulière est de nature prohibitive ou réglementaire est souvent plus un art qu'une science. Comme le juge Cory l'a reconnu dans l'arrêt *Knox Contracting*, précité, ce qui constitue du droit criminel est souvent «plus facile à reconnaître qu'à définir» (p. 347). Un certain nombre de lignes directrices sont cependant ressorties de la jurisprudence.

La loi qui impose une interdiction et une peine n'est pas nécessairement de nature criminelle. En fait, il arrive souvent que les lois de nature réglementaire interdisent la violation de leurs dispositions ou de leurs règlements d'application et impo-

sanctions to be applied if violations do, in fact, occur. Any regulatory statute that lacked such prohibitions and penalties would be meaningless. However, as La Forest J. himself recognized in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 508-17, and in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at p. 650, the penalties that are provided in a regulatory context serve a “pragmatic” or “instrumental” purpose and do not transform the legislation into criminal law. (Also see *Wetmore, supra*, *Scowby, supra*, and *Knox Contracting, supra*.) In environmental law, as in competition law or income tax law, compliance cannot always be ensured by the usual regulatory enforcement techniques, such as periodic or unannounced inspections. Hence, in order to ensure that legal standards are being met, a strong deterrent, the threat of penal sanctions, is necessary. La Forest J. relied on this rationale in concluding that the penal sanctions contained in the *Competition Act* (in *Thomson Newspapers*) and the *Income Tax Act* (in *McKinlay Transport*) did not affect the characterization of those statutes as regulatory in nature for purposes of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

At the same time, however, a criminal law does not have to consist solely of blanket prohibitions. It may, as La Forest J. noted in *RJR-MacDonald, supra*, at pp. 263-64, “validly contain exemptions for certain conduct without losing its status as criminal law”. See also *Lord’s Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Morgentaler, supra*; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89. These exemptions may have the effect of establishing “regulatory” schemes which confer a measure of discretionary authority without changing the character of the law, as was the case in *RJR-MacDonald*.

sent des peines applicables en cas de violation. Une loi de nature réglementaire qui n’imposerait pas de telles interdictions et peines serait dénuée de sens. Cependant, comme le juge La Forest l’a lui-même reconnu 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, aux pp. 508 à 517, et dans l’arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, à la p. 650, les peines prescrites dans un contexte de réglementation l’ont été pour des raisons «pragmatiques» ou «pratiques» et n’ont pas pour effet de transformer la loi en loi criminelle. (Voir également les arrêts *Wetmore, Scowby*, et *Knox Contracting*, précités.) En droit de l’environnement, tout comme en droit de la concurrence ou en droit fiscal, il n’est pas toujours possible d’assurer le respect de la loi au moyen des techniques habituelles d’application des règlements, telles les inspections périodiques ou imprévues, d’où la nécessité de disposer d’un élément dissuasif puissant, soit la menace de sanctions pénales, pour assurer le respect des normes prescrites par la loi. Le juge La Forest s’est fondé sur ce raisonnement pour conclure que les peines prévues dans la *Loi sur la concurrence* (dans *Thomson Newspapers*) et la *Loi de l’impôt sur le revenu* (dans *McKinlay Transport*) n’avaient aucune incidence sur la qualification de ces lois comme étant des lois de nature réglementaire pour les fins de l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En même temps, une loi en matière criminelle n’a pas à être composée uniquement d’interdictions générales. Elle peut, comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 263 et 264, «validement comporter des exemptions relativement à certaines conduites sans pour autant perdre son caractère». Voir également *Lord’s Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Morgentaler*, précité; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89. Il se peut que ces exemptions aient pour effet d’établir des régimes «de réglementation» conférant une certaine mesure de pouvoir discrétionnaire sans pour autant modifier la nature de la loi, comme c’était le cas dans l’arrêt *RJR-MacDonald*.

48

Determining when a piece of legislation has crossed the line from criminal to regulatory involves, in our view, considering the nature and extent of the regulation it creates, as well as the context within which it purports to apply. A scheme which is fundamentally regulatory, for example, will not be saved by calling it an "exemption". As Professor Hogg suggests, *supra*, at p. 18-26, "the more elaborate [a] regulatory scheme, the more likely it is that the Court will classify the dispensation or exemption as being regulatory rather than criminal". At the same time, the subject matter of the impugned law may indicate the appropriate approach to take in characterizing the law as criminal or regulatory.

Pour déterminer quand une loi passe du domaine criminel au domaine réglementaire, il faut, à notre avis, examiner la nature et la portée de la réglementation qu'elle crée, ainsi que le contexte dans lequel elle est censée s'appliquer. Par exemple, il ne sera pas possible de sauvegarder un régime essentiellement réglementaire en le qualifiant d'«exemption». Comme le professeur Hogg le laisse entendre, *op. cit.*, à la p. 18-26, [TRADUCTION] «plus [un] régime de réglementation est élaboré, plus il est probable que la cour qualifiera la dérogation ou l'exemption de réglementaire au lieu de criminelle». En même temps, il se peut que le sujet sur lequel porte la loi contestée indique la méthode qu'il convient d'adopter pour déterminer s'il s'agit d'une loi de nature criminelle ou réglementaire.

49

Having examined the legislation at issue in this case, we have no doubt that it is essentially regulatory in nature, and therefore outside the scope of s. 91(27). In order to have an "exemption", there must first be a prohibition in the legislation from which that exemption is derived. Thus, the *Tobacco Products Control Act*, S.C. 1988, c. 20, at issue in *RJR-MacDonald*, *supra*, contained broad prohibitions against the advertising and promotion of tobacco products in Canada. Section 4 of that Act provided that "[n]o person shall advertise any tobacco product offered for sale in Canada". It also provided a labelling requirement in the form of a prohibition, stating in s. 9 that it was illegal to sell tobacco products without printed health warnings. Any exemptions from these general prohibitions were just that — exceptions to a general rule.

Après avoir examiné la loi en cause dans le présent pourvoi, nous ne doutons nullement qu'elle est essentiellement de nature réglementaire et qu'elle ne relève donc pas du par. 91(27). Pour qu'il y ait «exemption», il faut d'abord qu'il y ait une interdiction dans la loi dont découle cette exemption. Ainsi, la *Loi réglementant les produits du tabac*, L.C. 1988, ch. 20, dont il est question dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, imposait des interdictions générales en matière de publicité et de promotion des produits du tabac au Canada. L'article 4 de cette loi prévoyait que «[l]a publicité en faveur des produits du tabac mis en vente au Canada est interdite». Elle prescrivait aussi une exigence en matière d'étiquetage qui revêtait la forme d'une interdiction, en déclarant à l'art. 9 qu'il était interdit de vendre des produits du tabac sur lesquels n'était pas imprimé un message concernant leurs effets sur la santé. Toute exemption relative à ces interdictions générales constituait précisément des exceptions à une règle générale.

50

Similarly, the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, upheld in *Wetmore*, *supra*, contains several prohibitions at the beginning of its Part I. It prohibits, *inter alia*, the advertising of any food, drug, cosmetic or device with respect to a prescribed list of diseases, disorders or abnormal physical states (s. 3); the selling of food or drug that is adulterated or prepared under unsanitary

De même, la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, dont la validité est confirmée dans *Wetmore*, précité, contient plusieurs interdictions au début de sa partie I. Elle interdit notamment de faire la publicité d'un aliment, d'une drogue, d'un cosmétique ou d'un instrument relativement à une liste établie de maladies, de désordres ou d'états physiques anormaux (art. 3),

conditions (ss. 4 and 8); the labelling, packaging, selling or advertising of any food, drug or device in a manner that is false, misleading or deceptive (ss. 5(1), 9(1) and 20(1)); the distribution of any drug as a sample (s. 14); and the selling of any cosmetic that may cause injury to the health of the user or was prepared under unsanitary conditions (s. 16). There are also a number of prohibitions with respect to controlled drugs in Part III of the Act and restricted drugs in Part IV.

In the legislation at issue in this appeal, on the other hand, no such prohibitions appear. Section 34(1) of the *Canadian Environmental Protection Act* reads as follows:

34. (1) Subject to subsection (3), the Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers and after the federal-provincial advisory committee is given an opportunity to provide its advice under section 6, make regulations with respect to a substance specified on the List of Toxic Substances in Schedule I, including regulations providing for, or imposing requirements respecting,

- (a) the quantity or concentration of the substance that may be released into the environment either alone or in combination with any other substance from any source or type of source;
- (b) the places or areas where the substance may be released;
- (c) the commercial, manufacturing or processing activity in the course of which the substance may be released;
- (d) the manner in which and conditions under which the substance may be released into the environment, either alone or in combination with any other substance;
- (e) the quantity of the substance that may be manufactured, processed, used, offered for sale or sold in Canada;
- (f) the purposes for which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed, used, offered for sale or sold;

de vendre un aliment ou une drogue falsifiés ou préparés dans des conditions non hygiéniques (art. 4 et 8), d'étiqueter, d'emballer, de vendre un aliment, une drogue ou un instrument, ou d'en faire la publicité, de manière fausse, trompeuse ou mensongère (par. 5(1), 9(1) et 20(1)), de distribuer une drogue comme échantillon (art. 14), et de vendre un cosmétique susceptible de nuire à la santé de la personne qui en fait usage ou qui a été préparé dans des conditions non hygiéniques (art. 16). On trouve également un certain nombre d'interdictions relatives à des drogues contrôlées dans la partie III de la Loi et à des drogues d'usage restreint dans la partie IV.

Par contre, la loi faisant l'objet du présent pourvoi ne contient aucune interdiction de cette nature. Voici le libellé du par. 34(1) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*:

34. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut, sur recommandation des ministres et après avoir donné au comité consultatif fédéro-provincial la possibilité de formuler ses conseils dans le cadre de l'article 6, prendre des règlements concernant une substance inscrite sur la liste de l'annexe I, notamment en ce qui touche:

- a) la quantité ou la concentration dans lesquelles elle peut être rejetée dans l'environnement, seule ou combinée à une autre substance émise par quelque source ou type de sources que ce soit;
- b) les lieux ou zones de rejet;
- c) les activités commerciales, de fabrication ou de transformation au cours desquelles le rejet est permis;
- d) les modalités et conditions de son rejet, seule ou en combinaison avec une autre substance;
- e) la quantité qui peut être fabriquée, transformée, utilisée, mise en vente ou vendue au Canada;
- f) les fins pour lesquelles la substance ou un produit qui en contient peut être importé, fabriqué, transformé, utilisé, mis en vente ou vendu;

(g) the manner in which and conditions under which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed or used;

(h) the quantities or concentrations in which the substance may be used;

(i) the quantities or concentrations of the substance that may be imported;

(j) the countries from or to which the substance may be imported or exported;

(k) the conditions under which, the manner in which and the purposes for which the substance may be imported or exported;

(l) the total, partial or conditional prohibition of the manufacture, use, processing, sale, offering for sale, import or export of the substance or a product containing the substance;

(m) the quantity or concentration of the substance that may be contained in any product manufactured, imported, exported or offered for sale in Canada;

(n) the manner in which and conditions under which and the purposes for which the substance or a product containing the substance may be advertised or offered for sale;

(o) the manner in which and conditions under which the substance or a product or material containing the substance may be stored, displayed, handled, transported or offered for transport;

(p) the packaging and labelling of the substance or a product or material containing the substance;

(q) the manner, conditions, places and method of disposal of the substance or a product or material containing the substance, including standards for the construction, maintenance and inspection of disposal sites;

(r) the submission to the Minister, on request or at such times as are prescribed, of information relating to the substance;

(s) the maintenance of books and records for the administration of any regulation made under this section;

(t) the conduct of sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance and the submission of the results to the Minister;

(u) the submission of samples of the substance to the Minister;

g) les modalités et conditions d'importation, de fabrication, de transformation ou d'utilisation de la substance ou d'un produit qui en contient;

h) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut être utilisée;

i) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut-être importée;

j) les pays d'exportation ou d'importation;

k) les conditions, modalités et objets de l'importation ou de l'exportation;

l) l'interdiction totale, partielle ou conditionnelle de la fabrication, de l'utilisation, de la transformation, de la vente, de la mise en vente, de l'importation ou de l'exportation de la substance ou d'un produit qui en contient;

m) la quantité ou concentration de celle-ci que peut contenir un produit fabriqué, importé, exporté ou mis en vente au Canada;

n) les modalités, les conditions et l'objet de la publicité et de la mise en vente de la substance ou d'un produit qui en contient;

o) les modalités et les conditions de stockage, de présentation, de transport, de manutention ou d'offre de transport soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

p) l'emballage et l'étiquetage soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

q) les modalités, lieux et méthodes d'élimination soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient, notamment les normes de construction, d'entretien et d'inspection des sites d'élimination;

r) la transmission au ministre, sur demande ou au moment fixé par règlement, de renseignements concernant la substance;

s) la tenue de livres et de registres pour l'exécution des règlements d'application du présent article;

t) l'échantillonnage, l'analyse, l'essai, la mesure ou la surveillance de la substance et la transmission des résultats au ministre;

u) la transmission d'échantillons de la substance au ministre;

(v) the methods and procedures for conducting sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance;

(w) circumstances or conditions under which the Minister may, for the proper administration of this Act, modify

(i) any requirement for sampling, analyses, tests, measurements or monitoring, or

(ii) the methods and procedures for conducting any required sampling, analyses, tests, measurements or monitoring; and

(x) any other matter necessary to carry out the purposes of this Part.

This section is not ancillary to existing prohibitions found elsewhere in the Act or to exemptions to such prohibitions. It is not itself prohibitory in nature. In fact, the only time the word “prohibition” appears in s. 34(1) is in s. 34(1)(l), which provides that the Governor in Council may, at his or her discretion, prohibit the manufacture, import, use or sale of a given substance. Clearly, this is not analogous to the broad general prohibitions found in the statutes cited above.

The only other mentions of prohibition in relation to the impugned provisions are in ss. 113(f) and 113(i) of the Act, which provide that failure to comply with a regulation made under ss. 34 or 35 is an offence. The prohibitions, such as they are, are ancillary to the regulatory scheme, not the other way around. This strongly suggests that the focus of the legislation is regulation rather than prohibition.

Moreover, as Professor Hogg notes, *supra*, at p. 18-24:

A criminal law ordinarily consists of a prohibition which is to be self-applied by the persons to whom it is addressed. There is not normally any intervention by an administrative agency or official prior to the application of the law. The law is “administered” by law enforcement officials and courts of criminal jurisdiction only in the sense that they can bring to bear the machinery of punishment after the prohibited conduct has occurred.

v) les méthodes et procédures à suivre pour les opérations mentionnées à l’alinéa t);

w) les cas ou conditions de modification par le ministre, pour l’exécution de la présente loi, soit des exigences imposées pour les opérations mentionnées à l’alinéa t), soit des méthodes et procédures afférentes;

x) toute autre mesure d’application de la présente partie.

Ce paragraphe n’est pas accessoire aux interdictions qui se trouvent ailleurs dans la Loi, ni aux exemptions relatives à ces interdictions. Il n’est pas lui-même de nature prohibitive. En fait, le mot «interdiction» n’est employé qu’une seule fois au par. 34(1), soit à l’al. 34(1)l), lequel prévoit que le gouverneur en conseil peut, à sa discrétion, interdire la fabrication, l’importation, l’utilisation ou la vente d’une substance particulière. De toute évidence, cela est différent des interdictions générales imposées dans les lois précitées.

Les seules autres mentions d’une interdiction concernant les dispositions contestées se trouvent aux al. 113f) et 113i) de la Loi, qui prévoient que l’omission de se conformer à un règlement pris sous le régime de l’art. 34 ou de l’art. 35 constitue une infraction. Les interdictions, telles qu’elles existent, sont accessoires au régime de réglementation, et non l’inverse. Cela laisse fortement entendre que la Loi est axée sur la réglementation plutôt que sur les interdictions.

En outre, comme le professeur Hogg le souligne, *op. cit.*, à la p. 18-24:

[TRADUCTION] Une loi criminelle consiste ordinairement en une interdiction à laquelle se soumettent d’elles-mêmes les personnes qu’elle vise. Normalement, aucun organisme ni fonctionnaire administratif n’intervient avant l’application de la loi. La loi est «appliquée» par les personnes responsables de son application et les cours de juridiction criminelle uniquement en ce sens qu’elles peuvent déclencher le mécanisme de sanction après que la conduite interdite a eu lieu.

52

53

54

55

In this case, there is no offence until an administrative agency “intervenes”. Sections 34 and 35 do not define an offence at all: which, if any, substances will be placed on the List of Toxic Substances, as well as the norms of conduct regarding these substances, are to be defined on an on-going basis by the Ministers of Health and the Environment. It would be an odd crime whose definition was made entirely dependent on the discretion of the Executive. This further suggests that the Act’s true nature is regulatory, not criminal, and that the offences created by s. 113 are regulatory offences, not “true crimes”: see *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, per Cory J. Our colleague, La Forest J., would hold that the scheme of the impugned act is an effective means of avoiding unnecessarily broad prohibitions and carefully targeting specific toxic substances. The regulatory mechanism allows the schemes to be changed flexibly, as the need arises. Of course, simply because a scheme is effective and flexible does not mean it is *intra vires* the federal Parliament.

56

This is particularly true in light of the striking breadth of the impugned provisions. The 24 listed heads of authority in s. 34 allow for the regulation of every conceivable aspect of toxic substances; in fact, in case anything was left out, s. 34(1)(x) provides for regulations concerning “any other matter necessary to carry out the purposes of this Part”. It is highly unlikely, in our opinion, that Parliament intended to leave the criminalization of such a sweeping area of behaviour to the discretion of the Ministers of Health and the Environment.

57

Moreover, this process is further complicated by the equivalency provisions in s. 34(6) of the Act. Under this provision, the Governor in Council may exempt a province from the application of regulations made under ss. 34 or 35 if that province already has equivalent regulations in force there. This would be a very unusual provision for a criminal law. Provinces do not have the jurisdiction to

En l’espèce, il n’y a aucune infraction tant et aussi longtemps qu’un organisme administratif n’«intervient» pas. Les articles 34 et 35 ne définissent pas une infraction: il incombe, de manière continue, aux ministres de la Santé et de l’Environnement de définir les substances qui seront inscrites sur la liste des substances toxiques, de même que les normes de conduite relatives à ces substances. Ce serait un crime singulier dont la définition a été laissée à l’entière discrétion du pouvoir exécutif. Cela laisse aussi entendre que la véritable nature de la Loi est réglementaire et non criminelle et que les infractions créées par l’art. 113 sont de nature réglementaire et non des «crimes proprement dits»: voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Cory. Selon notre collègue le juge La Forest, le régime de la loi contestée est un moyen efficace d’éviter les interdictions inutilement générales et de cibler minutieusement des substances toxiques particulières. Le mécanisme de réglementation permet de modifier les régimes avec souplesse, au besoin. Il va sans dire que le simple fait qu’un régime soit efficace et souple ne signifie pas qu’il relève de la compétence du Parlement fédéral.

Cela est particulièrement vrai compte tenu de l’ampleur remarquable des dispositions contestées. Les 24 rubriques de compétence énumérées à l’art. 34 permettent la réglementation de tous les aspects imaginables des substances toxiques; en fait, au cas où il y aurait eu oubli, l’al. 34(1)(x) prévoit la prise de règlements concernant «toute autre mesure d’application de la présente partie». Il est fort improbable, à notre avis, que le Parlement ait eu l’intention de laisser la criminalisation d’un aussi vaste domaine de comportement à la discrétion des ministres de la Santé et de l’Environnement.

De plus, les dispositions équivalentes mentionnées au par. 34(6) de la Loi rendent ce processus d’autant plus complexe. Aux termes de ce paragraphe, le gouverneur en conseil peut exempter une province de l’application des règlements pris en vertu des art. 34 et 35 lorsque des dispositions équivalentes à ces règlements y sont déjà en vigueur. Il s’agirait d’une disposition très inusitée

enact criminal legislation, nor can the federal government delegate such jurisdiction to them: *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31. Any environmental legislation enacted by the provinces must, therefore, be of a regulatory nature. Deferring to provincial regulatory schemes on the basis that they are “equivalent” to federal regulations made under s. 34(1) creates a strong presumption that the federal regulations are themselves also of a regulatory, not criminal, nature.

The appellant relies on this Court’s decision in *RJR-MacDonald*, *supra*, arguing that the statutory regime in this case is analogous to that upheld (on division of powers grounds) in *RJR-MacDonald*. We believe this reliance is, with respect, misplaced. As noted above, the legislation at issue in *RJR-MacDonald* contained broad prohibitions, tempered by certain exemptions. The impugned provisions in this case, on the other hand, involve no such general prohibition. In our view, they can only be characterized as a broad delegation of regulatory authority to the Governor in Council. The aim of these provisions is not to prohibit toxic substances or any aspect of their use, but simply to control the manner in which these substances will be allowed to interact with the environment.

RJR-MacDonald, may be further distinguished, in our view. The *Tobacco Products Control Act* addressed a narrow field of activity: the advertising and promotion of tobacco products. The impugned provisions here deal with a much broader area of concern: the release of substances into the environment. This Court has unanimously held that the environment is a subject matter of shared jurisdiction, that is, that the Constitution does not assign it exclusively to either the provinces or Parliament: *Oldman River*, *supra*, at p. 63; see also *Crown Zellerbach*, *supra*, at pp. 455-56, *per* La Forest J. A decision by the framers of the Constitution not to give one level of government

pour une loi criminelle. Les provinces n’ont pas compétence pour adopter des lois criminelles et le gouvernement fédéral ne peut pas non plus leur déléguer une telle compétence: *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31. Toute loi en matière d’environnement adoptée par une province doit donc être de nature réglementaire. Le fait de s’en remettre aux régimes de réglementation provinciaux pour le motif qu’ils sont «équivalents» aux règlements fédéraux pris sous le régime du par. 34(1) laisse fortement présumer que les règlements fédéraux eux-mêmes sont aussi de nature réglementaire et non pas criminelle.

L’appelant se fonde sur l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, de notre Cour en soutenant que le régime législatif en l’espèce est analogue à celui qui y a été maintenu (pour des raisons de partage des pouvoirs). Nous estimons, en toute déférence, qu’il est déplacé de s’en remettre ainsi à cet arrêt. Comme nous l’avons vu, la loi en cause dans *RJR-MacDonald* contenait des interdictions générales tempérées par certaines exemptions. Par contre, les dispositions contestées en l’espèce ne comportent aucune interdiction générale de cette nature. À notre avis, elles peuvent seulement être qualifiées de délégation générale de pouvoir réglementaire au gouverneur en conseil. Ces dispositions visent non pas à interdire les substances toxiques ou encore l’un ou l’autre aspect de leur utilisation, mais simplement à contrôler la façon dont elles pourront interagir avec l’environnement.

À notre avis, il est possible d’établir une autre distinction d’avec l’arrêt *RJR-MacDonald*. La *Loi réglementant les produits du tabac* portait sur un champ d’activités restreint: la publicité et la promotion des produits du tabac. Les dispositions contestées en l’espèce traitent d’un sujet de préoccupation beaucoup plus vaste: le rejet de substances dans l’environnement. Notre Cour a conclu, à l’unanimité, que l’environnement est un sujet de compétence partagée, c’est-à-dire que la Constitution ne l’attribue pas exclusivement aux provinces ou au Parlement: *Oldman River*, précité, à la p. 63; voir également *Crown Zellerbach*, précité, aux pp. 455 et 456, le juge La Forest. Une décision des

exclusive control over a subject matter should, in our opinion, act as a signal that the two levels of government are meant to operate in tandem with regard to that subject matter. One level should not be allowed to take over the field so as to completely dwarf the presence of the other. This does not mean that no regulation will be permissible, but wholesale regulatory authority of the type envisaged by the Act is, in our view, inconsistent with the shared nature of jurisdiction over the environment. As La Forest J. noted in his dissenting reasons in *Crown Zellerbach*, at p. 455, “environmental pollution alone [i.e. as a subject matter of legislative authority] is itself all-pervasive. It is a by-product of everything we do. In man’s relationship with his environment, waste is unavoidable.”

rédacteurs de la Constitution de ne pas attribuer à un ordre de gouvernement le contrôle exclusif d’une matière devrait indiquer, à notre avis, que les deux ordres de gouvernement sont appelés à agir de concert à cet égard. On ne devrait pas permettre à un ordre de gouvernement d’investir le domaine de manière à éclipser totalement la présence de l’autre. Cela signifie non pas qu’aucune réglementation ne sera acceptable, mais qu’un pouvoir de réglementation systématique du genre prévu par la Loi est, à notre avis, incompatible avec la nature partagée de la compétence en matière d’environnement. Comme le juge La Forest l’a souligné dans ses motifs de dissidence, dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, à la p. 455, «la pollution de l’environnement [c.-à-d. en tant que sujet de compétence législative] se fait elle-même sentir partout. C’est le sous-produit de tout ce que nous faisons. Dans les rapports qu’a l’être humain avec son environnement, les déchets sont une chose inévitable.»

60

We agree completely with this statement. Almost everything we do involves “polluting” the environment in some way. The impugned provisions purport to grant regulatory authority over all aspects of any substance whose release into the environment “ha[s] or . . . may have an immediate or long-term harmful effect on the environment” (s. 11(a)). One wonders just what, if any, role will be left for the provinces in dealing with environmental pollution if the federal government is given such total control over the release of these substances. Moreover, the countless spheres of human activity, both collective and individual, which could potentially fall under the ambit of the Act are apparent. Many of them fall within areas of jurisdiction granted to the provinces under s. 92. Granting Parliament the authority to regulate so completely the release of substances into the environment by determining whether or not they are “toxic” would not only inescapably preclude the possibility of shared environmental jurisdiction; it would also infringe severely on other heads of power assigned to the provinces. In this respect, we can do no better than to quote Professor Gibson, who wrote as follows in his article “Constitu-

Nous souscrivons entièrement à cet énoncé. Presque tout ce que nous faisons «pollue» l’environnement d’une façon ou d’une autre. Les dispositions contestées visent à accorder un pouvoir de réglementer tous les aspects d’une substance dont le rejet dans l’environnement «[a], immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l’environnement» (al. 11a)). On se demande bien quel rôle, s’il en est, sera laissé aux provinces relativement à la pollution de l’environnement si un contrôle aussi absolu du rejet de ces substances est accordé au gouvernement fédéral. En outre, les innombrables domaines d’activité humaine, aussi bien collective qu’individuelle, susceptibles d’être assujettis à la Loi sont manifestes. Un bon nombre d’entre eux relèvent de champs de compétence conférés aux provinces en vertu de l’art. 92. Le fait d’accorder au Parlement le pouvoir de réglementer de façon aussi complète le rejet de substances dans l’environnement par la détermination de leur nature «toxique» ou non éliminerait inévitablement non seulement la possibilité d’avoir une compétence partagée en matière d’environnement, mais encore empiéterait également de façon considérable sur d’autres chefs de compétence provinciale. À cet égard, nous ne pouvons que citer le professeur Gibson, qui a écrit ce qui suit dans son article

tional Jurisdiction over Environmental Management in Canada” (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, at p. 85:

[I]t is . . . obvious that ‘environmental management’ could never be treated as a constitutional unit under one order of government in any constitution that claimed to be federal, because no system in which one government was so powerful would be federal.

For all of the above reasons, we are unable to uphold the impugned provisions of the Act under the federal criminal law power. That being said, we wish to add that none of this should be read as foredooming future attempts by Parliament to create an effective national — or, indeed, international — strategy for the protection of the environment. We agree with La Forest J. that achieving such a strategy is a public purpose of extreme importance and one of the major challenges of our time. There are, in this regard, many measures open to Parliament which will not offend the division of powers set out by the Constitution, notably the creation of environmental crimes. Nothing, in our view, prevents Parliament from outlawing certain kinds of behaviour on the basis that they are harmful to the environment. But such legislation must actually seek to outlaw this behaviour, not merely regulate it.

Other potential avenues include the power to address interprovincial or international environmental concerns under the peace, order and good government power, which is discussed below. Parliament is not without power to act in pursuit of national policies on environmental protection. But it must do so pursuant to the balance of powers assigned by ss. 91 and 92. Environmental protection must be achieved in accordance with the Constitution, not in spite of it. As Professor Bowden concludes in her case comment on *Oldman River*, *supra*, (1992), 56 *Sask. L. Rev.* 209, at pp. 219-20, “it is only through legislative and policy initiatives

intitulé «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, à la p. 85:

[TRADUCTION] [I] est [...] évident que, la «gestion de l’environnement» ne pourrait jamais être considérée comme une matière constitutionnelle relevant d’un seul ordre de gouvernement en vertu d’une constitution se voulant fédérale, car aucun système dans lequel un gouvernement serait si puissant ne pourrait être fédéral.

Pour tous les motifs qui précèdent, nous ne pouvons confirmer la validité des dispositions contestées de la Loi en vertu de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cela dit, nous tenons à ajouter que les présents motifs ne doivent nullement être interprétés comme signifiant que toute tentative future du Parlement de concevoir une stratégie efficace nationale, voire internationale, en matière de protection de l’environnement sera vouée à l’échec. Nous sommes d’accord avec le juge La Forest pour dire que la conception d’une telle stratégie est un objectif public de la plus haute importance et l’un des principaux défis de notre époque. À cet égard, il est loisible au Parlement de prendre de nombreuses mesures qui ne contreviendront pas au partage des compétences énoncé dans la Constitution, notamment la création de crimes contre l’environnement. Rien, à notre avis, n’empêche le Parlement de proscrire certains types de conduite pour le motif qu’ils sont nocifs pour l’environnement. Toutefois, une telle mesure législative doit effectivement viser à proscrire la conduite en cause et non pas simplement à la réglementer.

Parmi les autres possibilités qui s’offrent, il y a le pouvoir de s’attaquer aux problèmes d’environnement interprovinciaux ou internationaux en vertu de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, qui est analysée plus loin. Le Parlement n’est pas dépourvu du pouvoir d’agir pour mettre en œuvre des politiques nationales en matière de protection de l’environnement. Cependant, il doit agir conformément au partage des pouvoirs prévu aux art. 91 et 92. La protection de l’environnement doit être réalisée conformément à la Constitution et non malgré celle-ci. Comme le professeur Bowden le conclut dans son commentaire de l’arrêt *Oldman River*, précité, (1992), *Sask. L.*

at and between both levels of government that satisfactory solutions may be attainable”.

Rev. 209, aux pp. 219 et 220, [TRADUCTION] «ce n’est qu’au moyen d’initiatives législatives et politiques au sein des deux ordres de gouvernement et entre ceux-ci que des solutions satisfaisantes peuvent être trouvées».

63 The impugned provisions are not justified under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. We will now consider the appellant’s second argument, namely that the provisions may be upheld under the peace, order and good government power.

Les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Nous allons maintenant examiner le deuxième argument de l’appelant, celui voulant qu’il soit possible de confirmer la validité des dispositions en cause en vertu de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement.

D. *Peace, Order and Good Government*

D. *La paix, l’ordre et le bon gouvernement*

64 The appellant argues that ss. 34 and 35 of the Act fall within the residual jurisdiction of Parliament under the peace, order and good government (POGG) power to legislate respecting matters of national concern, as provided for in the introductory paragraph of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. No argument is made with respect to the national emergency branch of POGG, and therefore only the national concern doctrine is at issue.

L’appelant soutient que les art. 34 et 35 de la Loi relèvent de la compétence résiduelle que le Parlement possède en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement pour légiférer à l’égard de questions d’intérêt national, prévue au paragraphe introductif de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme aucun argument n’a été avancé au sujet du volet «urgence nationale» de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, seule la théorie de l’intérêt national est en cause.

65 The jurisprudence of this Court with respect to the peace, order and good government provision of the Constitution was thoroughly reviewed by Le Dain J. for the majority in *Crown Zellerbach, supra*. Relying on Beetz J.’s comments in *Reference re Anti-Inflation Act, supra*, Le Dain J. adopted the following criteria in order to determine whether a matter constitutes a “national concern”, at pp. 431-32:

La jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la disposition constitutionnelle relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement a été examinée minutieusement par le juge Le Dain, au nom des juges majoritaires, dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, précité. Se fondant sur les commentaires du juge Beetz dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, précité, le juge Le Dain adopte les critères suivants pour déterminer si une question est d’«intérêt national», aux pp. 431 et 432:

1. The national concern doctrine is separate and distinct from the national emergency doctrine of the peace, order and good government power, which is chiefly distinguishable by the fact that it provides a constitutional basis for what is necessarily legislation of a temporary nature;
2. The national concern doctrine applies to both new matters which did not exist at Confederation and to matters which, although originally matters of a local or private nature in a province, have since, in the

1. La théorie de l’intérêt national est séparée et distincte de la théorie de la situation d’urgence nationale justifiant l’exercice de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement, qui peut se distinguer surtout par le fait qu’elle offre un fondement constitutionnel à ce qui est nécessairement une mesure législative provisoire;
2. La théorie de l’intérêt national s’applique autant à de nouvelles matières qui n’existaient pas à l’époque de la Confédération qu’à des matières qui, bien qu’elles fussent à l’origine de nature locale ou privée dans

absence of national emergency, become matters of national concern;

3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;
4. In determining whether a matter has attained the required degree of singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern it is relevant to consider what would be the effect on extra-provincial interests of a provincial failure to deal effectively with the control or regulation of the intra-provincial aspects of the matter.

Assuming that the protection of the environment and of human life and health against any and all potentially harmful substances could be a “new matter” which would fall under the POGG power, we must then determine whether that matter has the required “singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern” and whether its “impact on provincial jurisdiction . . . is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution”. Only if these criteria are satisfied will the matter be one of national concern.

(i) Singleness, Distinctiveness and Indivisibility

The test for singleness, distinctiveness and indivisibility is a demanding one. Because of the high potential risk to the Constitution’s division of powers presented by the broad notion of “national concern”, it is crucial that one be able to specify precisely what it is over which the law purports to claim jurisdiction. Otherwise, “national concern” could rapidly expand to absorb all areas of provincial authority. As Le Dain J. noted in *Crown Zellerbach, supra*, at p. 433, once a subject matter is qualified of national concern, “Parliament has an exclusive jurisdiction of a plenary nature to legis-

une province, sont depuis devenues des matières d’intérêt national, sans qu’il y ait situation d’urgence nationale;

3. Pour qu’on puisse dire qu’une matière est d’intérêt national dans un sens ou dans l’autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;
4. Pour décider si une matière atteint le degré requis d’unicité, de particularité et d’indivisibilité qui la distingue clairement des matières d’intérêt provincial, il est utile d’examiner quel effet aurait sur les intérêts extra-provinciaux l’omission d’une province de s’occuper efficacement du contrôle ou de la réglementation des aspects intraprovinciaux de cette matière.

Tenant pour acquis que la protection de l’environnement et de la vie et de la santé humaines contre toutes les substances potentiellement nocives pourrait constituer une «nouvelle matière» relevant de la compétence concernant la paix, l’ordre et le bon gouvernement, nous devons déterminer si cette matière a l’«unicité, [la] particularité et [l’]indivisibilité [requis] qui la distinguent clairement des matières d’intérêt provincial» et si elle a un «effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution». Ce n’est que si ces critères sont respectés que la matière sera d’intérêt national.

(i) Unicité, particularité et indivisibilité

Le critère applicable pour déterminer s’il y a unicité, particularité et indivisibilité est exigeant. Vu le risque élevé que la notion générale de l’«intérêt national» peut présenter pour le partage des compétences prévu par la Constitution, il est essentiel de pouvoir préciser exactement ce que la loi est censée régir. Autrement, l’«intérêt national» pourrait rapidement s’amplifier pour absorber tous les champs de compétence provinciale. Comme le juge Le Dain l’a souligné dans l’arrêt *Crown Zellerbach, précité*, à la p. 433, dès qu’une matière est qualifiée comme étant d’intérêt national, «le Parle-

late in relation to that matter, including its intra-provincial aspects”.

68 The appellant submits that the object of Part II of the Act is limited in scope in that there is a clear distinction between chemical substances whose pollutant effects are diffuse and persist in the environment and other types of pollution whose effects are temporary and more local in nature. Therefore, being a single, distinct and indivisible form of pollution which can cross provincial boundaries, chemical pollution requires particular national measures for its proper control. However, as we have shown above, Part II of the Act applies to a wide array of substances, not only to chemical pollutants. Moreover, the impugned legislation is not limited to substances having interprovincial effects.

69 The definition of “toxic substances” in s. 11, combined with the definition of “substance” found in s. 3, is an all-encompassing definition with no clear limits. Many human activities could involve the use of materials falling within the meaning of “toxic substances” as defined by the impugned legislation. As noted earlier, the definition of “substance” includes “organic or inorganic matter, whether animate or inanimate”. Paragraphs (a) through (g) of the definition in s. 3(1) do little to narrow this initial broad scope. Paragraph (g), which refers to “any animate matter . . . contained in effluents, emissions or wastes that result from any work, undertaking or activity” could, on its plain wording, conceivably include any effluent containing human or animal waste, garbage containing food remnants, or similar items commonly dealt with by municipal waste disposal services.

70 Furthermore, by virtue of s. 11(a), a “toxic substance” may be any form of distinguishable matter which has or even simply may have “an immediate or long-term harmful effect on the environment”. Section 11(a) equates “toxic” with “harmful

ment jouit d’une compétence exclusive et absolue pour légiférer sur cette matière, y compris sur ses aspects intraprovinciaux».

L’appelant soutient que l’objectif de la partie II de la Loi a une portée limitée en raison de l’existence d’une distinction nette entre les substances chimiques dont les effets polluants sont diffus et persistent dans l’environnement et les autres types de pollution dont les effets sont temporaires et de nature plus locale. En conséquence, comme elle constitue une forme de pollution unique, particulière et indivisible qui peut franchir les frontières provinciales, la pollution chimique requiert des mesures nationales particulières pour être contrôlée adéquatement. Cependant, comme nous l’avons déjà démontré, la partie II de la Loi s’applique à toute une gamme de substances et non seulement aux polluants chimiques. En outre, la loi contestée ne vise pas que les substances ayant des effets interprovinciaux.

La définition des «substances toxiques» à l’art. 11, conjuguée à celle du mot «substance» à l’art. 3, est une définition générale sans limites précises. Bien des activités humaines pourraient impliquer l’utilisation de matières visées par la définition de «substances toxiques» contenue dans la loi contestée. Comme nous l’avons vu, le mot «substance» est défini comme incluant «[t]oute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée». Les alinéas a) à g) de la définition de l’art. 3 contribuent peu à restreindre cette large portée initiale. Il est concevable que, vu son libellé, l’al. g), qui renvoie aux «matières animées [. . .] qui sont contenu[es] dans les effluents, les émissions ou les déchets attribuables à des travaux, des entreprises ou des activités», porte également sur les effluents contenant des excréments humains ou animaux, des déchets contenant des restes de table ou d’autres objets similaires dont s’occupent communément les services municipaux d’élimination des déchets.

En outre, aux termes de l’al. 11a), une «substance toxique» peut être toute forme de matière distinguable de nature à avoir, «immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l’environnement». L’alinéa 11a) assimile «toxique» à «effet nocif». À

effect”. In our opinion, this is a very broad definition of “toxic”. While it would be difficult to disagree that “toxic” necessarily implies a “harmful effect”, the converse, “that which has a harmful effect is toxic” is more questionable and quite exceeds the plain and ordinary meaning of “toxic”. “Toxic” is more narrowly defined in *The Concise Oxford Dictionary* (9th ed. 1995), at p. 1475, as “of or relating to poison (*toxic symptoms*); poisonous (*toxic gas*); caused by poison (*toxic anaemia*)”. A more circumscribed definition of “toxic substances” would be required in ss. 11 and 3 of the Act in order to give substance to the appellant’s submission that this legislation is aimed at a distinct form of pollution, namely chemical pollution.

Section 15 does specify some criteria to refine the notion of “toxic substance”. However, it does not narrow the broad definition of that notion. Section 15 only offers investigatory guidelines. The Minister of the Environment and the Governor in Council are not legally bound by any of the investigatory reports prepared pursuant to s. 15. The scope of the Minister’s power to regulate in ss. 34 and 35 is limited only by the broad definition of “toxic substance” and “environment” in ss. 11 and 3. Moreover, the investigatory process provided for in s. 15 can be totally bypassed with respect to the issuing of an interim order pursuant to s. 35. Under the powers conferred by s. 35(1), the Minister of the Environment may issue an interim order, which has the same regulatory scope and effect as a regulation under s. 34(1) or (2), whenever satisfied that “immediate action is required to deal with a significant danger to the environment or to human life or health” (emphasis added).

In sum, the investigatory guidelines contemplated by s. 15 do not effectively narrow the broad definitions given to “toxic substances” in ss. 11 and 3; that is, they do not guarantee that only the

notre avis, il s’agit là d’une définition très large du mot «toxique». Même s’il était difficile de ne pas admettre que «toxique» implique nécessairement «effet nocif», l’inverse, c’est-à-dire que «ce qui a un effet nocif est toxique» est plus discutable et excède complètement le sens ordinaire du mot «toxique». Le mot «toxique» reçoit une définition plus stricte dans *Le Nouveau Petit Robert* (1995), à la p. 2282: «1. [. . .] Poison. *Toxiques gazeux ou volatiles, minéraux, organiques*. 2. [. . .] Qui agit comme un poison. *Substance toxique* [. . .] *Gaz toxiques*. [. . .] *Supprimer les effets toxiques*. [. . .] *Champignons toxiques* . . .» Il faudrait que les art. 11 et 3 de la Loi donnent une définition plus circonscrite de l’expression «substances toxiques» pour étayer la prétention de l’appelant que cette loi vise une forme précise de pollution, savoir la pollution chimique.

L’article 15 énonce effectivement certains critères pour raffiner la notion de «substance toxique». Cependant, il ne restreint pas la définition large donnée à cette notion. L’article 15 ne fait qu’offrir des lignes directrices en matière d’enquête. Ni le ministre de l’Environnement ni le gouverneur en conseil ne sont liés légalement par un rapport d’enquête préparé conformément à l’art. 15. L’étendue du pouvoir de réglementer conféré au Ministre par les art. 34 et 35 n’est limitée que par les définitions larges des expressions «substance toxique» et «environnement» que l’on trouve aux art. 11 et 3. En outre, le processus d’enquête prévu à l’art. 15 peut être complètement évité en ce qui concerne la prise d’un arrêté d’urgence conformément à l’art. 35. En vertu des pouvoirs que lui confère le par. 35(1), le ministre de l’Environnement peut prendre un arrêté d’urgence ayant les mêmes portée et effet qu’un règlement d’application du par. 34(1) ou (2) lorsqu’il est convaincu qu’une «intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l’environnement, soit pour la vie humaine ou la santé» (je souligne).

Somme toute, les lignes directrices en matière d’enquête envisagées à l’art. 15 n’ont pas pour effet de limiter les définitions larges données à l’expression «substances toxiques» aux art. 11 et 3,

most serious, diffuse and persistent toxic substances will be caught by the regulatory power conferred by ss. 34 and 35.

c'est-à-dire qu'elles ne garantissent pas que seules les substances toxiques les plus dangereuses, diffuses et persistantes seront assujetties au pouvoir de réglementation conféré par les art. 34 et 35.

73

Nor are we convinced by the argument of the interveners Pollution Probe et al. that federal practice demonstrates that the impugned legislation is specifically targeted to address only those toxic substances that pose the greatest harm to human health or to the environment. It is true, as the interveners note, that out of the over 21,000 substances on the Domestic Substances List, relatively few, i.e. 44, were placed on the Priority Substances List by the federal government by 1989. Of these 44 substances, just 25 were determined to be toxic, and only a subset of these 25 have been subject to regulations. However, the constitutional validity of a statute cannot depend on the ebb and flow of existing government practice or the manner in which discretionary powers appear thus far to be exercised. It is the boundaries to the exercise of that discretion and the scope of the regulatory power created by the impugned legislation that are at issue here. It is no answer to a charge that a law is unconstitutional to say that it is only used sparingly. If it is unconstitutional, it cannot be used at all.

Nous ne sommes pas non plus convaincus par l'argument des intervenants Pollution Probe et autres qu'il ressort de la pratique fédérale que la loi contestée vise uniquement les substances toxiques qui sont les plus nocives pour la santé humaine ou l'environnement. Il est vrai, comme le font remarquer les intervenants, que des quelque 21 000 substances figurant sur la liste intérieure, relativement peu (c.-à-d. 44) avaient été inscrites sur la liste prioritaire par le gouvernement fédéral en 1989. De ces 44 substances, seulement 25 ont été jugées toxiques et seul un sous-ensemble de ces dernières a fait l'objet d'une réglementation. Cependant, la constitutionnalité d'une loi ne peut dépendre des aléas de la pratique gouvernementale existante ni de la façon dont des pouvoirs discrétionnaires semblent avoir été exercés jusqu'à maintenant. Ce sont les limites de l'exercice de ces pouvoirs discrétionnaires et l'étendue du pouvoir de réglementation créé par la loi contestée qui sont en cause ici. Il ne suffit pas de répondre qu'une loi est appliquée avec modération pour repousser une prétention qu'elle est inconstitutionnelle. Si la loi est inconstitutionnelle, elle ne peut pas du tout s'appliquer.

74

With respect to geographical limits, although the preamble of the Act suggests that its ambit is restricted to those substances that "cannot always be contained within geographic boundaries", nowhere in Part II or the enabling provisions at issue is there any actual limitation based on territorial considerations. The notion of "environment" as defined in s. 3 includes all conceivable environments without regard to provincial boundaries. Thus, Part II applies with equal force to "toxic substances" that are wholly situated within a province or whose effects are localized or entirely intraprovincial and to those which move across interprovincial or international borders.

Quant aux limites géographiques, même si le préambule de la Loi laisse entendre qu'elle ne s'applique qu'aux substances «qu'il n'est pas toujours possible de circonscrire au territoire touché», ni la partie II ni les dispositions habilitantes en cause ne contiennent une véritable restriction fondée sur des considérations territoriales. La notion d'«environnement», définie à l'art. 3, comprend tous les environnements imaginables sans égard aux frontières provinciales. Ainsi, la partie II s'applique aussi bien aux «substances toxiques» qui se trouvent entièrement à l'intérieur d'une province ou dont les effets sont localisés ou se font ressentir exclusivement à l'intérieur de cette province qu'à celles qui franchissent les frontières interprovinciales ou internationales.

The majority of this Court in *Crown Zellerbach*, *supra*, at pp. 436-37, found marine pollution to constitute a single, distinct, and indivisible subject-matter, on the basis that the *Ocean Dumping Control Act*, S.C. 1974-75-76, c. 55, distinguished between the pollution of salt water and the pollution of fresh water, both types of waters having different compositions and characteristics. In Part II of the *Canadian Environmental Protection Act*, there is no analogous clear distinction between types of toxic substances, either on the basis of degree of persistence and diffusion into the environment and the severity of their harmful effect or on the basis of their extraprovincial aspects. The lack of any distinctions similar to those in the legislation upheld in *Crown Zellerbach* means that the Act has a regulatory scope which can encroach widely upon several provincial heads of power, notably, s. 92(13) "property and civil rights", s. 92(16) "matters of a merely local or private nature", and s. 92(10) "local works and undertakings". In our view, this failure to circumscribe the ambit of the Act demonstrates that the enabling provisions lack the necessary singleness, distinctiveness and indivisibility.

Another criterion that can be used to determine whether the subject matter sought to be regulated can be sufficiently distinguished from matters of provincial interest is to consider whether the failure of one province to enact effective regulation would have adverse effects on interests exterior to the province. This indicator has also been named the "provincial inability" test (see *Crown Zellerbach*, at pp. 432-34). If the impugned provisions of the Act were indeed restricted to chemical substances, like PCBs, whose effects are diffuse, persistent and serious, then a *prima facie* case could be made out as to the grave consequences of any one province failing to regulate effectively their emissions into the environment. However, the s. 11(a) threshold of "immediate or long-term harmful effect on the environment" also encompasses substances whose effects may only be temporary or local. Therefore, the notion of "toxic

Notre Cour à la majorité a conclu, dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, précité, aux pp. 436 et 437, que la pollution des mers constituait une matière unique, particulière et indivisible, compte tenu du fait que la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, ch. 55, établissait une distinction entre la pollution des eaux salées et celle des eaux douces, chacun de ces types d'eaux ayant une composition et des caractéristiques lui étant propres. La partie II de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* n'établit pas de distinction claire semblable entre des types de substances toxiques, que ce soit en fonction de leur degré de persistance et de diffusion dans l'environnement et de la sévérité de leur effet nocif, ou de leurs aspects extraprovinciaux. L'absence de distinctions semblables à celles qu'établissait la loi maintenue dans l'arrêt *Crown Zellerbach* signifie que la Loi a une portée réglementaire susceptible d'empiéter largement sur plusieurs chefs de compétence provinciale, notamment le par. 92(13) «la propriété et les droits civils», le par. 92(16) «les matières d'une nature purement locale ou privée» et le par. 92(10) «les ouvrages et entreprises d'une nature locale». À notre avis, il ressort de cette omission de circonscrire la portée de la Loi que les dispositions habilitantes n'ont pas l'unicité, la particularité et l'indivisibilité requises.

Un autre critère pouvant servir à déterminer si la matière que l'on cherche à réglementer peut être suffisamment distinguée des matières d'intérêt provincial consiste à se demander si l'omission d'une province d'adopter une réglementation efficace aurait des effets préjudiciables sur des intérêts à l'extérieur de celle-ci. Cet indicateur a également été appelé le critère de l'«incapacité provinciale» (voir *Crown Zellerbach*, aux pp. 432 à 434). Si les dispositions contestées de la Loi portaient, en fait, uniquement sur des substances chimiques, tels les BPC, dont les effets sont diffus, persistants et sérieux, les conséquences graves de l'omission d'une province de réglementer efficacement leur rejet dans l'environnement pourraient être établies à première vue. Cependant, le seuil établi à l'al. 11a), selon lequel les substances doivent avoir, «immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement» vise également les subs-

substances” as defined in the Act is inherently divisible. Those substances whose harmful effects are only temporary and localized would appear to be well within provincial ability to regulate. To the extent that Part II of the Act includes the regulation of “toxic substances” that may only affect the particular province within which they originate, the appellant bears a heavy burden to demonstrate that provinces themselves would be incapable of regulating such toxic emissions. It has not discharged this burden before this Court.

77 The s. 34(6) equivalency provision also implicitly undermines the appellant’s submission that the provinces are incapable of regulating toxic substances. If the provinces were unable to regulate, there would be even more reason for the federal government not to agree to withdraw from the field. Section 34(6) demonstrates that the broad subject matter of regulating toxic substances, as defined by the Act, is inherently or potentially divisible

78 These reasons confirm that the subject matter does not fulfill the characteristics of singleness, distinctiveness and indivisibility required to qualify as a national concern matter.

(ii) Impact on Provincial Jurisdiction

79 Having concluded that the requirement of singleness, distinctiveness and indivisibility was not satisfied, it is unnecessary to examine the second criterion of the national concern test. The subject matter at issue does not qualify as a national concern matter and, since it was not suggested that it could be upheld as a matter of national emergency, it is therefore not justified by the peace, order and good government power.

E. The Trade and Commerce Power

80 The interveners Pollution Probe et al. submit, in the alternative, that ss. 34 and 35 of the Act as well

tances dont les effets peuvent être seulement temporaires ou locaux. Par conséquent, la notion de «substances toxiques», définie dans la Loi, est divisible en soi. Les substances dont les effets nocifs ne sont que temporaires et localisés sembleraient sans contredit relever de la capacité des provinces en matière de réglementation. Dans la mesure où la partie II de la Loi inclut la réglementation de «substances toxiques» susceptibles de toucher uniquement la province où elles émanent, l’appelant a le lourd fardeau d’établir que les provinces elles-mêmes seraient incapables de réglementer ces émissions toxiques. Il ne s’est pas acquitté de ce fardeau devant notre Cour.

La disposition relative aux dispositions équivalentes que l’on trouve au par. 34(6) mine aussi implicitement la prétention de l’appelant que les provinces sont incapables de réglementer les substances toxiques. Si les provinces étaient incapables de réglementer ces substances, le gouvernement fédéral serait d’autant plus justifié de refuser de se retirer de ce domaine. Le paragraphe 34(6) démontre que le large sujet de la réglementation des substances toxiques, défini dans la Loi, est fondamentalement ou potentiellement divisible.

Les présents motifs confirment que la matière n’a pas l’unicité, la particularité et l’indivisibilité requises pour être qualifiée de question d’intérêt national.

(ii) Effet sur la compétence provinciale

Ayant conclu qu’il n’a pas été satisfait à l’exigence d’unicité, de particularité et d’indivisibilité, il est inutile d’examiner le deuxième volet du critère de l’intérêt national. La matière visée en l’espèce ne peut être qualifiée de question d’intérêt national et, comme on n’a pas laissé entendre qu’il pourrait s’agir d’une question d’urgence nationale, elle n’est donc pas justifiée par la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement.

E. La compétence en matière d’échanges et de commerce

Les intervenants Pollution Probe et autres soutiennent subsidiairement que les art. 34 et 35 de la

as the Interim Order can be sustained as an exercise of the federal trade and commerce power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. More specifically, they argue that the “general trade and commerce power” recognized in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, can justify the federal regulations, which are aimed at controlling the use and release of toxic substances in the course of commercial activities.

Pollution Probe et al. refer to Laskin C.J.’s comments in *Wetmore*, *supra*, at p. 288, that the part of the *Food and Drugs Act* that regulated the labeling, packaging and manufacture of food and drug products “invites the application of the trade and commerce power”. These comments, they argue, should similarly apply to those parts of the Interim Order and s. 34(1) that address the manufacture, sale and commercial use of PCBs and other toxic substances.

We reject these submissions for two main reasons. First, it is clear that the “pith and substance” of the impugned legislation does not concern trade and commerce, even if trade and commerce may be affected by the application of these provisions. The interveners Pollution Probe et al. seem to recognize this insofar as they submit that the trade and commerce power merely provides “supplemental authority” for upholding the Interim Order and the enabling provisions.

Secondly, even if it could be assumed that certain parts of s. 34(1) of the Act were aimed at the regulation of trade and commerce (e.g. those paragraphs dealing with importing and exporting), the remainder of s. 34(1) would, based on the arguments adduced above, be *ultra vires* Parliament and would have to be struck down. Assuming that the “trade and commerce” elements could be saved, therefore, they would have to be “severed”

Loi de même que l’arrêté d’urgence peuvent être maintenus en tant qu’exercice de la compétence fédérale en matière d’échanges et de commerce prévue au par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Plus précisément, ils prétendent que la «compétence générale en matière d’échanges et de commerce» reconnue dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, peut justifier la réglementation fédérale, qui vise à contrôler l’utilisation et le rejet de substances toxiques dans le cadre d’activités commerciales.

Les intervenants Pollution Probe et autres renvoient aux commentaires du juge en chef Laskin dans *Wetmore*, précité, à la p. 288, selon lesquels la partie de la *Loi des aliments et drogues* qui réglementait l’étiquetage, l’emballage et la fabrication de produits alimentaires et pharmaceutiques «emporte [...] l’application de la compétence en matière d’échanges et de commerce». Ces commentaires, prétendent-ils, devraient s’appliquer de la même façon aux parties de l’arrêté d’urgence et du par. 34(1) qui traitent de la fabrication, de la vente et de l’utilisation à des fins commerciales de BPC et d’autres substances toxiques.

Nous rejetons ces arguments principalement pour deux raisons. Premièrement, il est clair que le «caractère véritable» de la loi contestée ne concerne pas les échanges et le commerce, même si ceux-ci peuvent être touchés par l’application de ces dispositions. Les intervenants Pollution Probe et autres semblent reconnaître cela dans la mesure où ils soutiennent que la compétence en matière d’échanges et de commerce ne constitue qu’une [TRADUCTION] «raison supplémentaire» de confirmer la validité de l’arrêté d’urgence et des dispositions habilitantes.

Deuxièmement, même s’il pouvait être tenu pour acquis que certaines parties du par. 34(1) de la Loi visaient la réglementation des échanges et du commerce (par exemple, les alinéas traitant de l’importation et de l’exportation), le reste du par. 34(1), selon les arguments présentés plus haut, excéderait la compétence du Parlement et devrait être annulé. À supposer que les éléments «échanges et commerce» puissent être sauve-

81

82

83

from the paragraphs of s. 34(1) that would be struck down. It is not altogether clear that this could be done, particularly since the portion of the statute remaining after severance must be capable of standing independently of the severed portion. In this case, the paragraphs are too “inextricably bound” to be able to survive independently (see Hogg, *supra*, at p. 15-21). For these reasons, we cannot agree with the interveners’ submission that the impugned legislation can be justified as an exercise of the federal trade and commerce power.

6. Conclusions and Disposition

84

For the above reasons, we find that the impugned provisions are not justified under any of the heads of power granted to Parliament by s. 91. We would therefore declare them *ultra vires* and dismiss the appellant’s appeal with costs. We would answer the constitutional question as follows:

Do s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, PC 1989-296, and the enabling legislative provisions, ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), fall in whole or in part within the jurisdiction of the Parliament of Canada to make laws for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* or its criminal law jurisdiction under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or otherwise fall within its jurisdiction?

Answer: No.

The judgment of La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

85

LA FOREST J. — This Court has in recent years been increasingly called upon to consider the interplay between federal and provincial legislative powers as they relate to environmental protection. Whether viewed positively as strategies for maintaining a clean environment, or negatively as measures to combat the evils of pollution, there can be no doubt that these measures relate to a public purpose of superordinate importance, and one in

gardés, ils devraient, par conséquent, être «dissociés» des alinéas du par. 34(1) qui seraient annulés. Il n’est pas absolument certain que cela serait possible, étant donné, en particulier, que la partie restante de la Loi doit pouvoir exister indépendamment de la partie retranchée. En l’espèce, les alinéas sont trop [TRADUCTION] «inextricablement liés» pour pouvoir subsister indépendamment (voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-21). Pour ces motifs, nous ne pouvons souscrire à l’argument des intervenants que la loi contestée peut se justifier en tant qu’exercice de la compétence fédérale en matière d’échanges et de commerce.

6. Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, nous concluons que les dispositions contestées ne sont pas justifiées en vertu de l’un ou l’autre des chefs de compétence attribués au Parlement par l’art. 91. En conséquence, nous sommes d’avis de les déclarer inconstitutionnelles, de rejeter le pourvoi de l’appelant, avec dépens, et de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

L’alinéa 6a) de l’*Arrêté d’urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296, ainsi que les dispositions législatives habilitantes, les art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), relèvent-ils en tout ou en partie de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence en matière criminelle suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

Réponse: Non.

Version française du jugement des juges La Forest, L’Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — Au cours des dernières années, on a demandé de plus en plus à notre Cour d’examiner l’interaction entre les pouvoirs législatifs du Parlement et ceux des législatures provinciales en ce qui concerne la protection de l’environnement. Qu’elles soient considérées positivement comme des stratégies en vue de maintenir un environnement propre, ou négativement comme des dispositions prises en vue de

which all levels of government and numerous organs of the international community have become increasingly engaged. In the opening passage of this Court's reasons in what is perhaps the leading case, *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 16-17, the matter is succinctly put this way:

The protection of the environment has become one of the major challenges of our time. To respond to this challenge, governments and international organizations have been engaged in the creation of a wide variety of legislative schemes and administrative structures.

The all-important duty of Parliament and the provincial legislatures to make full use of the legislative powers respectively assigned to them in protecting the environment has inevitably placed upon the courts the burden of progressively defining the extent to which these powers may be used to that end. In performing this task, it is incumbent on the courts to secure the basic balance between the two levels of government envisioned by the Constitution. However, in doing so, they must be mindful that the Constitution must be interpreted in a manner that is fully responsive to emerging realities and to the nature of the subject matter sought to be regulated. Given the pervasive and diffuse nature of the environment, this reality poses particular difficulties in this context.

This latest case in which this Court is required to define the nature of legislative powers over the environment is of major significance. The narrow issue raised is the extent to and manner in which the federal Parliament may control the amount of and conditions under which Chlorobiphenyls (PCBs) — substances well known to pose great dangers to humans and the environment generally — may enter into the environment. However, the attack on the federal power to secure this end is not really aimed at the specific provisions respecting

combattre les maux engendrés par la pollution, il ne fait pas de doute que ces mesures visent un objectif public d'une importance supérieure, objectif que tous les niveaux de gouvernement et les nombreux organismes de la communauté internationale ont entrepris de plus en plus de poursuivre. Au tout début des motifs de notre Cour dans ce qui est peut-être l'arrêt de principe, *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, aux pp. 16 et 17, la question est exposée succinctement de la manière suivante:

La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de régimes législatifs et de structures administratives.

Le devoir de la plus haute importance que le Parlement et les législatures provinciales ont d'utiliser pleinement les pouvoirs législatifs qui leur ont été respectivement conférés en matière de protection de l'environnement a inévitablement imposé aux tribunaux l'obligation de définir progressivement la mesure dans laquelle ces pouvoirs peuvent être utilisés à cette fin. Pour s'acquitter de cette tâche, il incombe aux tribunaux d'établir l'équilibre fondamental entre les deux niveaux de gouvernement envisagés par la Constitution. Toutefois, pour ce faire, ils doivent se rappeler que la Constitution doit être interprétée de manière à tenir compte pleinement des nouvelles réalités et de la nature du sujet que l'on veut réglementer. En raison du caractère omniprésent et diffus de l'environnement, cette réalité pose des difficultés particulières dans le présent contexte.

La présente affaire, qui est la plus récente dans laquelle on demande à notre Cour de définir la nature des pouvoirs législatifs en matière d'environnement, revêt une importance majeure. Il s'agit strictement de savoir dans quelle mesure et de quelle manière le législateur fédéral peut régir la quantité de biphényles chlorés (BPC) — substances reconnues comme étant très dangereuses pour les humains et l'environnement en général — qui peut pénétrer dans l'environnement, et les conditions dans lesquelles leur rejet peut se faire.

PCBs. Rather, it puts into question the constitutional validity of its enabling statutory provisions. What is really at stake is whether Part II ("Toxic Substances") of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), which empowers the federal Ministers of Health and of the Environment to determine what substances are toxic and to prohibit the introduction of such substances into the environment except in accordance with specified terms and conditions, falls within the constitutional power of Parliament.

Facts

88

The case arose in this way. The respondent Hydro-Québec allegedly dumped polychlorinated biphenyls (PCBs) into the St. Maurice River in Quebec in early 1990. On June 5, 1990, it was charged with the following two infractions under s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296 (hereafter "Interim Order"), which was adopted and enforced pursuant to ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*:

[TRANSLATION]

[1] From January 1 to January 3, 1990, did unlawfully release more than 1 gram per day of chlorobiphenyls into the environment contrary to s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296 of February 23, 1989, thereby committing an offence under ss. 113(i) and (o) of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.);

[2] On or about January 8, 1990, following the release into the environment, in contravention of s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296 of February 23, 1989, of a substance specified in Schedule I to the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), to wit: chlorobiphenyls . . . did fail to report the matter to an inspector as soon as possible in the circumstances contrary to s. 36(1)(a) of the said Act, thereby committing an offence under ss. 113(h) and (o) of the said Act.

Cependant, la contestation du pouvoir fédéral de réaliser cette fin ne vise pas vraiment les dispositions particulières concernant les BPC. Elle met plutôt en question la constitutionnalité de ses dispositions législatives habilitantes. Ce qui est vraiment en cause, c'est de savoir si la partie II («Substances toxiques») de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), qui habilite les ministres fédéraux de la Santé et de l'Environnement à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l'environnement à moins que certaines conditions particulières soient respectées, relève de la compétence constitutionnelle du Parlement.

Les faits

L'affaire a pris naissance de la façon suivante. L'intimée Hydro-Québec aurait déversé des biphényles polychlorés (BPC) dans la rivière St-Maurice au Québec, au début de 1990. Le 5 juin 1990, elle a été accusée d'avoir commis les deux infractions suivantes en vertu de l'al. 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296 (ci-après l'«arrêté d'urgence»), qui a été pris et mis à exécution conformément aux art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*:

[1] Du 1^{er} janvier au 3 janvier 1990, a illégalement rejeté, dans l'environnement, plus d'un gramme par jour de biphényles chlorés contrairement à l'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296[6] du 23 février 1989, commettant ainsi l'infraction prévue aux alinéas 113i) et o) de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. de 198[5], 4^e suppl., c. 16;

[2] Le ou vers le 8 janvier 1990, après le rejet dans l'environnement en violation de l'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296 du 23 février 1989, d'une substance inscrite à l'annexe I de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. de 198[5], 4^e suppl., c. 16, à savoir: des biphényles chlorés [. . .] a omis de faire rapport de la situation à l'inspecteur dans les meilleurs délais possible, contrairement à l'alinéa 36(1)a) de ladite loi, commettant ainsi l'infraction prévue aux alinéas 113h) et o) de ladite Loi.

On July 23, 1990, the respondent pleaded not guilty to both charges before the Court of Québec.

On March 4, 1991, the respondent Hydro-Québec brought a motion before Judge Michel Babin seeking to have ss. 34 and 35 of the Act as well as s. 6(a) of the Interim Order itself declared *ultra vires* the Parliament of Canada on the ground that they do not fall within the ambit of any federal head of power set out in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The Attorney General of Quebec intervened in support of the respondent's position. Judge Babin granted the motion on August 12, 1991 ([1991] R.J.Q. 2736), and an appeal to the Quebec Superior Court was dismissed by Trotter J. on August 6, 1992 ([1992] R.J.Q. 2159). A further appeal to the Court of Appeal of Quebec was dismissed on February 14, 1995: [1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] Q.J. No. 143 (QL). Leave to appeal to this Court was granted on October 12, 1995: [1995] 4 S.C.R. vii.

Judicial History

A. *Court of Québec*

The principal submission of the respondent before Judge Babin was that s. 6(a) of the Interim Order as well as the enabling provisions of the *Canadian Environmental Protection Act* pursuant to which it was adopted are *ultra vires* Parliament on the ground that they cannot be justified as a matter of "national concern" under the "Peace, Order, and good Government" clause of s. 91 or the criminal law power (s. 91(27)) or under any other federal head of power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The appellant argued that the provisions in question could be justified as a matter of national concern as well as under the criminal law power. Judge Babin considered that the main issue in the dispute as regards either head of power was whether Parliament has the power to enact provisions dealing with disposal of toxic substances into the environment when the

Le 23 juillet 1990, l'intimée a plaidé non coupable relativement aux deux accusations devant la Cour du Québec.

Le 4 mars 1991, l'intimée Hydro-Québec a déposé une requête devant le juge Michel Babin en vue de faire déclarer que les art. 34 et 35 de la Loi ainsi que l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence lui-même excèdent la compétence du Parlement du Canada pour le motif qu'ils ne relèvent d'aucun chef de compétence fédérale énoncé à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le procureur général du Québec est intervenu à l'appui de la position de l'intimée. Le juge Babin a accueilli la requête le 12 août 1991 ([1991] R.J.Q. 2736), et le juge Trotter a rejeté, le 6 août 1992, un appel interjeté devant la Cour supérieure du Québec ([1992] R.J.Q. 2159). Un autre appel interjeté devant la Cour d'appel du Québec a été rejeté le 14 février 1995: [1995] R.J.Q. 398, 67 Q.A.C. 161, 17 C.E.L.R. (N.S.) 34, [1995] A.Q. n° 143 (QL). L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 12 octobre 1995: [1995] 4 R.C.S. vii.

Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Québec*

Devant le juge Babin, l'intimée a principalement soutenu que l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence ainsi que les dispositions habilitantes de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, conformément auxquelles il a été adopté, excèdent la compétence du Parlement pour le motif qu'ils ne peuvent pas être justifiés à titre de question d'«intérêt national» en vertu de la clause de l'art. 91 concernant «la paix, l'ordre et le bon gouvernement», ou de la compétence en matière de droit criminel (par. 91(27)), ou encore en vertu de tout autre chef de compétence fédérale énoncé à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'appelant a fait valoir que les dispositions en cause pouvaient être justifiées à titre de question d'intérêt national, ainsi qu'en vertu de la compétence en matière de droit criminel. Le juge Babin a considéré que la principale question en litige concernant l'un ou l'autre chef de compétence était de savoir si le Parlement a le pouvoir d'adopter des dispositions relatives au rejet de substances toxiques dans

“environment” in question lies exclusively within the borders of a single province.

l’environnement lorsque l’«environnement» en question se trouve exclusivement à l’intérieur d’une seule province.

91 Beginning with the question of whether or not the provisions at issue fall within the “national concern” doctrine under the peace, order and good government clause, Judge Babin applied the criteria enunciated by this Court in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, for determining when a matter may properly be considered as falling within this power. He found that particularly in view of the wide definitions given to the terms “environment” and “toxic” under ss. 3 and 11 of the *Canadian Environmental Protection Act*, the provisions in question were unacceptably broad in that they could not be said to be limited in scope to a subject matter having the “singleness, distinctiveness and indivisibility” required under the *Crown Zellerbach* test. For much the same reasons, he found that to attribute exclusively to Parliament the subject matter at which the provisions are aimed would be to infringe significantly upon various areas of provincial competence and disturb the federal-provincial distribution of powers to an unacceptable degree.

Commençant par la question de savoir si les dispositions en cause sont visées par la théorie de l’«intérêt national» justifiant l’application de la clause concernant la paix, l’ordre et le bon gouvernement, le juge Babin a appliqué les critères énoncés par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, pour déterminer quand une question peut être considérée à juste titre comme relevant de ce pouvoir. Il a conclu que, compte tenu particulièrement des définitions larges qui ont été données des mots «environnement» et «toxique» aux art. 3 et 11 de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, les dispositions en question avaient une portée large inacceptable du fait qu’on ne pouvait pas les considérer comme limitées à un sujet ayant «l’unicité, la particularité et l’indivisibilité» requises en vertu du critère de l’arrêt *Crown Zellerbach*. Pour à peu près les mêmes raisons, il a conclu que l’attribution exclusive au Parlement du sujet visé par les dispositions reviendrait à empiéter sensiblement sur divers domaines de compétence provinciale et à perturber de manière inacceptable le partage des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales.

92 Judge Babin also found that the provisions in question did not fall within the ambit of the criminal law power. Specifically, he held that while the provisions at issue are clearly directed at protecting human life and health, they are also directed at protecting the environment in general and that while the former aim constitutes a “criminal public purpose” in the sense set out in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the *Margarine Reference*), at p. 50, the latter does not. Similarly, he found that the mere fact that the Act in question here contains provisions setting out penalties for violations of its terms does not, in and of itself, affect the Act’s “regulatory nature”. Having found that the provisions at issue did not fall within either the “national concern” doctrine of the peace, order and good government clause or the criminal law power

Le juge Babin a également statué que les dispositions en cause ne relevaient pas de la compétence en matière de droit criminel. Il a conclu précisément que, bien que ces dispositions visent clairement à protéger la vie et la santé humaines, elles visent aussi à protéger l’environnement en général, et que, même si le premier objectif constitue un «objectif public du droit criminel» au sens donné à cette expression dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le *Renvoi sur la margarine*), à la p. 50, le dernier n’en constitue pas un. De même, il a décidé que le simple fait que la loi en question ici contienne des dispositions énonçant des peines pour sa violation ne modifie pas en soi sa «nature réglementaire». Ayant conclu que les dispositions en cause ne relevaient ni de la théorie de l’«intérêt national» justifiant l’application de la clause concernant la paix,

(or within any other head of federal competence), Judge Babin held s. 6(a) of the Interim Order *ultra vires* Parliament.

B. *Quebec Superior Court*

On the appeal to the Superior Court, Trottier J. began by explaining that, pursuant to this Court's reasons in *Oldman River*, *supra*, the environment *per se* does not constitute a specific domain of legislative competence under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Holding in much the same manner as Judge Babin that the definitions of "toxic" and "environment" are extremely broad, Trottier J. held that the provisions in question could not be upheld as *intra vires* under the national concern doctrine. Similarly, he found the provisions could not be justified under the criminal law power on the basis that their true purpose was not to prohibit activity but to regulate it. Finding no other head of power to be applicable, he dismissed the appeal.

C. *Quebec Court of Appeal*

On the appeal to the Quebec Court of Appeal, Tourigny J.A., writing for the court, began her reasons by holding that even though one of the effects of the Act in question is to protect human life and health, the true "pith and substance" both of s. 6(a) of the Interim Order and of the enabling provisions of the Act under which it was adopted is "the protection of the environment". Following this Court's decision in *Oldman River*, Tourigny J.A. recognized that neither Parliament nor the provinces are vested with legislative competence regarding the environment *per se* and that environmental legislation will therefore only fall within the jurisdiction of either level of government if it is ancillary to a head of power listed in ss. 91 or 92 of the *Constitution Act, 1867*.

l'ordre et le bon gouvernement, ni de la compétence en matière de droit criminel (ou de tout autre chef de compétence fédérale), le juge Babin a statué que l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence excédait la compétence du Parlement.

B. *Cour supérieure du Québec*

Lors de l'appel interjeté devant la Cour supérieure, le juge Trottier a commencé par expliquer que, conformément aux motifs de notre Cour dans *Oldman River*, précité, l'environnement ne constitue pas en soi un domaine particulier de compétence législative en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Concluant, à peu près de la même manière que le juge Babin, que les définitions des mots «toxique» et «environnement» sont extrêmement larges, le juge Trottier a statué qu'il n'était pas possible de confirmer que les dispositions en cause sont constitutionnelles en vertu de la théorie de l'intérêt national. De même, il a conclu que les dispositions ne pouvaient pas être justifiées en vertu de la compétence en matière de droit criminel parce que leur véritable objectif était non pas d'interdire une activité, mais de la réglementer. Estimant qu'aucun autre chef de compétence n'était applicable, il a rejeté l'appel.

C. *Cour d'appel du Québec*

Lors de l'appel interjeté devant la Cour d'appel du Québec, le juge Tourigny a, au nom de la cour, commencé ses motifs en disant que, même si l'un des effets de la loi en question est de protéger la vie et la santé humaines, tant l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence que les dispositions habilitantes de la Loi en vertu desquelles il a été adopté visent, de par leur «caractère véritable», «la protection de l'environnement». Suivant l'arrêt de notre Cour *Oldman River*, le juge Tourigny a reconnu que ni le Parlement ni les provinces ne sont investis du pouvoir de légiférer au sujet de l'environnement lui-même et que les lois en matière d'environnement ne relèveront donc de la compétence de l'un ou l'autre niveau de gouvernement que si elles sont subordonnées à un chef de compétence énuméré à l'art. 91 ou à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

95 Applying this principle to the matter at hand, Tourigny J.A. first examined whether the provisions in question can be said to fall within federal competence under the national concern doctrine. In light of this Court's decision in *Crown Zellerbach*, *supra*, she found the provisions could not be *intra vires* on this ground. She then examined the appellant's submission that the provisions could be justified under the "national emergency" doctrine under the peace, order and good government clause. She rejected this argument as well, holding both that there exists no "emergency" justifying the adoption of the provisions, and that, in any case, the provisions are not sufficiently temporary in nature as to satisfy the strict requirements of the national emergency doctrine.

Appliquant ce principe à l'affaire dont il était saisi, le juge Tourigny s'est d'abord demandé s'il était possible de dire que les dispositions en cause relevaient de la compétence fédérale en vertu de la théorie de l'intérêt national. Compte tenu de l'arrêt de notre Cour *Crown Zellerbach*, précité, elle a conclu que ces dispositions ne pouvaient pas être constitutionnelles pour cette raison. Puis, elle a examiné l'argument de l'appelant selon lequel les dispositions pouvaient être fondées en vertu de la théorie de l'«urgence nationale» justifiant l'application de la clause concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Elle a aussi rejeté cet argument, concluant qu'il n'y a aucune «urgence» justifiant l'adoption des dispositions et que, de toute façon, celles-ci ne sont pas suffisamment de nature temporaire pour satisfaire aux exigences strictes de la théorie de l'urgence nationale.

96 Finally, Tourigny J.A. analysed the appellant's submission that the impugned provisions fall within Parliament's jurisdiction over criminal law. While she recognized that this power has historically been given a relatively broad reading, she found that these provisions greatly exceed the ambit of what may properly be considered criminal law. She, therefore, held that the provisions in question do not fall within this federal power even though the Act does prohibit certain conduct and provides for the enforcement of such prohibitions through penalties.

Enfin, le juge Tourigny a analysé l'argument de l'appelant selon lequel les dispositions contestées relèvent de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Tout en reconnaissant que ce pouvoir a, dans le passé, reçu une interprétation assez large, elle a conclu que ces dispositions excèdent grandement ce qui peut être considéré à juste titre comme du droit criminel. Elle a donc jugé que les dispositions en cause ne relèvent pas de ce pouvoir fédéral même si la Loi interdit effectivement un certain comportement et prévoit la mise en œuvre de ces interdictions au moyen de peines.

D. *Constitutional Questions*

D. *Question constitutionnelle*

97 On December 21, 1995, Lamer C.J. framed the following constitutional question:

Le 21 décembre 1995, le juge en chef Lamer a formulé la question constitutionnelle suivante:

Do s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296, and the enabling legislative provisions, ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), fall in whole or in part within the jurisdiction of the Parliament of Canada to make laws for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* or its criminal law jurisdiction under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or otherwise fall within its jurisdiction?

L'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296, ainsi que les dispositions législatives habilitantes, les art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), relèvent-ils en tout ou en partie de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence en matière criminelle suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

As can be seen, the constitutional question first raises the constitutionality of s. 6(a) of the Interim Order, which reads as follows:

6. The quantity of chlorobiphenyls that may be released into the environment shall not exceed 1 gram per day in respect of any item of equipment or any receptacle or material containing equipment in the course of the operation, servicing, maintenance, decommissioning, transporting or storage of

(a) electrical capacitors and electrical transformers and associated electrical equipment manufactured in or imported into Canada before July 1, 1980;

However, it also raises the validity of the enabling provisions of the Act, specifically ss. 34 and 35. While it is possible to challenge the constitutional validity of the Interim Order directly, the real issue, as is evident from the reasons of the courts appealed from, is the validity of the enabling provisions, cited *infra*, and the main thrust of these reasons will be concerned with that issue. It is clear that the Interim Order will be of no force or effect if the enabling provisions pursuant to which it was adopted are themselves found to be *ultra vires*. As stated by Professor Hogg: "The invalidity of a statute which is *ultra vires* the enacting legislative body will of course destroy any powers which the statute purported to delegate to the government" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at p. 14-7); see also D. C. Holland and J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), at pp. 170-71.

Overview of the Legislative Structure of the Canadian Environmental Protection Act

The *Canadian Environmental Protection Act* was adopted by Parliament in 1988 with a view to consolidating and replacing several other laws dealing with different types of environmental protection. Sections 34 and 35 appear in Part II, entitled "Toxic Substances". This Part is, in large measure, an adaptation of the *Environmental*

Comme on peut le constater, la question constitutionnelle soulève d'abord la question de la constitutionnalité de l'al. 6a) de l'arrêté d'urgence, qui est rédigé ainsi:

6. La quantité de biphenyles chlorés qui peut être rejetée, dans l'environnement, dans une région du Canada ne peut excéder 1 g par jour pour chaque pièce d'équipement ou contenant ou emballage d'équipement au cours de l'exploitation, de l'entretien, de la maintenance, de la mise hors service, du transport ou de l'entreposage de l'équipement suivant:

a) des condensateurs électriques ainsi que des transformateurs électriques et de l'équipement connexe, fabriqués ou importés au Canada avant le 1^{er} juillet 1980;

Cependant, elle soulève également la question de la validité des dispositions habilitantes de la Loi, plus précisément les art. 34 et 35. Bien qu'il soit possible de contester directement la constitutionnalité de l'arrêté d'urgence, la véritable question, qui ressort des motifs des tribunaux dont les décisions ont été portées en appel, concerne la validité des dispositions habilitantes, citées plus loin, et les présents motifs porteront principalement sur cette question. Il est évident que l'arrêté d'urgence sera inopérant si les dispositions habilitantes conformément auxquelles il a été adopté sont elles-mêmes jugées inconstitutionnelles. Comme l'affirme le professeur Hogg: [TRADUCTION] «L'invalidité d'une loi qui excède la compétence du corps législatif qui l'a adoptée annihilera naturellement tout pouvoir que cette loi était censée déléguer au gouvernement» (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, à la p. 14-7); voir également D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), aux pp. 170 et 171.

Aperçu de la structure de la Loi canadienne sur la protection de l'environnement

La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* a été adoptée par le Parlement, en 1988, afin de réunir et de remplacer plusieurs autres lois traitant de différents types de protection de l'environnement. Les articles 34 et 35 figurent à la partie II, intitulée «Substances toxiques». Cette partie est, dans une large mesure, une adaptation de la *Loi sur*

Contaminants Act, R.S.C., 1985, c. E-12 (which was abrogated when the present Act came into force). It should not be overlooked, however, that other parts of the Act are relevant to toxic substances. The subject of toxic substances is introduced in the preamble, which after declaring that the protection of the environment is essential to the well-being of Canada sets forth the following clauses that are of direct relevance in this case:

WHEREAS the presence of toxic substances in the environment is a matter of national concern;

WHEREAS toxic substances, once introduced into the environment, cannot always be contained within geographic boundaries;

WHEREAS the Government of Canada in demonstrating national leadership should establish national environmental quality objectives, guidelines and codes of practice;

. . .

AND WHEREAS Canada must be able to fulfil its international obligations in respect of the environment;

As well, the first substantive provision of the Act, s. 2, in para. 2(j) imposes the following duty on the Canadian government:

2. In the administration of this Act, the Government of Canada shall, having regard to the Constitution and laws of Canada,

. . .

(j) endeavour to act expeditiously to assess whether substances in use in Canada are toxic or capable of becoming toxic.

100 Moreover, Schedule I of the Act under the heading "List of Toxic Substances" originally set forth nine such substances with the type of regulations applicable to them.

101 Part II of the Act deals first with the identification of other substances that could pose a risk either to the environment or to human life and

les contaminants de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. E-12 (qui a été abrogée lorsque la présente loi est entrée en vigueur). Il ne faudrait toutefois pas oublier que d'autres parties de la Loi ont trait aux substances toxiques. La question des substances toxiques est présentée dans le préambule où, après avoir déclaré que la protection de l'environnement est essentielle au bien-être de la population du Canada, on énonce les clauses suivantes qui sont directement applicables en l'espèce:

Attendu:

que la présence de substances toxiques dans l'environnement est une question d'intérêt national;

qu'il n'est pas toujours possible de circonscrire au territoire touché la dispersion de substances toxiques ayant pénétré dans l'environnement;

que le gouvernement fédéral, à titre de chef de file national en la matière, se doit d'établir des objectifs, des directives et des codes de pratiques nationaux en matière de qualité de l'environnement;

. . .

que le Canada se doit d'être en mesure de respecter ses obligations internationales en matière d'environnement,

De même, l'art. 2, qui est la première disposition de fond de la Loi, impose, à son al. j), l'obligation suivante au gouvernement canadien:

2. Pour l'exécution de la présente loi, le gouvernement fédéral doit, compte tenu de la Constitution et des lois du Canada:

. . .

j) s'efforcer d'agir avec diligence en vue de déterminer si des substances en usage au Canada sont toxiques ou susceptibles de le devenir.

En outre, l'annexe I de la Loi énonçait initialement, sous la rubrique intitulée «Liste des substances toxiques», neuf de ces substances en plus du type de règlement qui leur était applicable.

La partie II de la Loi traite d'abord de l'identification d'autres substances susceptibles de mettre en danger l'environnement ou la vie et la santé

health, and then provides a procedure for adding them to the List of Toxic Substances in Schedule I and for imposing by regulations requirements respecting the terms and conditions under which substances so listed may be released into the environment.

Part II begins with s. 11, which reads:

11. For the purposes of this Part, a substance is toxic if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions

- (a) having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment;
- (b) constituting or that may constitute a danger to the environment on which human life depends; or
- (c) constituting or that may constitute a danger in Canada to human life or health.

Two things should be noted about this provision. First, it is confined in its application to Part II. Secondly, while the provision was in the course of argument described as a “definition”, it is by no means a true definition, a matter about which I shall comment more extensively later. Before one can know if a substance can give rise to the real or possible harmful effects or dangers spelled out in paras. (a) to (c), some assessment or test must be made to determine whether the quantity or concentration or conditions under which a substance enters the environment is sufficient to make it toxic. This is made clear by s. 12(1) which, in providing for the creation of a Priority Substances List, authorizes the Ministers of Health and of the Environment to “specify substances in respect of which the Ministers are satisfied priority should be given in assessing whether they are toxic or capable of becoming toxic” (emphasis added). This expression, I observe, is repeated throughout Part II in the provisions regarding assessments.

The manner in which the Ministers may conduct investigations to determine whether or not a given “substance” is “toxic” is set forth in s. 15. They may examine, *inter alia*, the nature of the sub-

humaines, et elle établit ensuite la procédure à suivre pour les ajouter à la liste des substances toxiques de l’annexe I, et pour imposer, par voie de règlement, les conditions à respecter pour que les substances ainsi énumérées puissent être rejetées dans l’environnement.

La partie II commence par l’art. 11, qui est libellé ainsi:

11. Pour l’application de la présente partie, est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l’environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions de nature à:

- a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l’environnement;
- b) mettre en danger l’environnement essentiel pour la vie humaine;
- c) constituer un danger au Canada pour la vie ou la santé humaine.

Il y a lieu de noter deux choses au sujet de cette disposition. Premièrement, son application se limite à la partie II. Deuxièmement, bien qu’elle ait été qualifiée de «définition» au cours des plaidoiries, cette disposition n’est nullement une véritable définition, une question que je commenterai davantage plus loin. Pour savoir si une substance peut avoir les effets nocifs ou présenter les dangers réels ou potentiels, énoncés aux al. a) à c), il faut effectuer une évaluation ou un test pour déterminer si la quantité ou concentration de la substance rejetée dans l’environnement, ou les conditions dans lesquelles le rejet a eu lieu, sont suffisantes pour qu’elle soit toxique. C’est ce que précise le par. 12(1) qui, en prévoyant l’établissement d’une liste de substances d’intérêt prioritaire, autorise les ministres de la Santé et de l’Environnement à «énum[érer] les substances pour lesquelles ils jugent prioritaire de déterminer si elles sont effectivement ou potentiellement toxiques» (je souligne). Cette expression, ainsi que je l’ai remarqué, revient tout au long de la partie II dans les dispositions concernant les évaluations.

La façon dont les ministres peuvent mener des enquêtes pour déterminer si une «substance» donnée est «toxique» ou non est exposée à l’art. 15. Ils peuvent examiner, notamment, la nature de la sub-

stance in question, its effects on natural biological processes, the extent to which the substance will persist in the environment, methods of controlling it, and methods of reducing the amount used. Section 15 read at the relevant time:

15. For the purpose of assessing whether a substance is toxic or is capable of becoming toxic, or for the purpose of assessing the need for measures to control a substance, either Minister may

- (a) collect data and conduct investigations respecting
 - (i) the nature of the substance,
 - (ii) the presence of the substance in the environment and the effect of its presence on the environment or on human life or health,
 - (iii) the extent to which the substance can become dispersed and will persist in the environment,
 - (iv) the ability of the substance to become incorporated or accumulate in biological tissues or to interfere with biological processes,
 - (v) methods of controlling the presence of the substance in the environment,
 - (vi) methods for testing the effects of the presence of the substance in the environment,
 - (vii) development and use of alternatives to the substance,
 - (viii) quantities, uses and disposal of the substance, and
 - (ix) methods of reducing the amount of the substance used, produced or released into the environment;
- (b) correlate and evaluate any data collected pursuant to paragraph (a) and publish results of any investigations carried out pursuant to that paragraph; and
- (c) provide information and consultative services and make recommendations respecting measures to control the presence of the substance in the environment.

Under s. 16, the Minister of the Environment may require that private citizens provide him or her with information about, or samples of, substances they suspect may be toxic, and under s. 18, the Minister can order that persons with information

stance en question, ses effets sur des processus biologiques naturels, la mesure dans laquelle elle persistera dans l'environnement, les méthodes permettant d'en limiter la présence et d'en réduire la quantité utilisée. L'article 15 était ainsi rédigé à l'époque pertinente:

15. En vue de déterminer si une substance est effectivement ou potentiellement toxique ou d'apprécier s'il y a lieu de prendre des mesures pour en contrôler la présence dans l'environnement, l'un ou l'autre ministre peut:

- a) recueillir des données sur cette substance et mener des enquêtes sur:
 - (i) sa nature,
 - (ii) sa présence dans l'environnement et l'effet qu'elle a sur celui-ci, la vie ou la santé humaine,
 - (iii) la mesure dans laquelle elle peut se disperser et persister dans l'environnement,
 - (iv) sa capacité d'infiltration et d'accumulation dans les tissus biologiques ainsi que sa capacité de nuire à des processus biologiques,
 - (v) les méthodes permettant de limiter sa présence dans l'environnement,
 - (vi) les méthodes de vérification des effets de sa présence dans l'environnement,
 - (vii) la mise au point et l'utilisation de substituts,
 - (viii) ses quantités, ses utilisations et son élimination,
 - (ix) les méthodes permettant de réduire la quantité utilisée, produite ou rejetée dans l'environnement;
- b) corréler et analyser les données recueillies et publier le résultat des enquêtes effectuées;
- c) fournir des services d'information et de consultation et faire des recommandations concernant les mesures à prendre pour limiter la présence de cette substance dans l'environnement.

Aux termes de l'art. 16, le ministre de l'Environnement peut exiger des simples citoyens qu'ils lui fournissent des renseignements concernant les substances qu'ils jugent susceptibles d'être toxiques, ou des échantillons de ces substances, et,

about a substance that may be toxic provide that information.

Sections 12 and 13 of the Act require the Ministers of the Environment and Health to compile a "Priority Substances List" specifying those substances in respect of which priority should be given in determining whether or not they are toxic. Once the Ministers have assessed a priority listed substance, they may decide either to recommend or not to recommend that the substance be added to the List of Toxic Substances in Schedule I. Where the Ministers so recommend, the Governor in Council by virtue of s. 33 may, after a federal-provincial advisory committee (established under s. 6) has been given an opportunity to provide its advice, make an order adding the substance to the List of Toxic Substances. When that is done, the Governor in Council is empowered under s. 34 to make detailed regulations imposing requirements respecting the manner of dealing with any substance listed in Schedule I. Failure to comply with these regulations is punishable by a fine or imprisonment (s. 113(f), (o) and (p)). Since s. 34 (of which s. 34(1) is of prime importance) is under attack in this case, I cite it at length:

34. (1) Subject to subsection (3), the Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers and after the federal-provincial advisory committee is given an opportunity to provide its advice under section 6, make regulations with respect to a substance specified on the List of Toxic Substances in Schedule I, including regulations providing for, or imposing requirements respecting,

(a) the quantity or concentration of the substance that may be released into the environment either alone or in combination with any other substance from any source or type of source;

(b) the places or areas where the substance may be released;

(c) the commercial, manufacturing or processing activity in the course of which the substance may be released;

en vertu de l'art. 18, le Ministre peut ordonner que les personnes qui possèdent des renseignements au sujet d'une substance qui peut être toxique fournissent ces renseignements.

Les articles 12 et 13 de la Loi exigent que les ministres de l'Environnement et de la Santé établissent une «liste de substances d'intérêt prioritaire» indiquant les substances pour lesquelles il serait prioritaire de déterminer si elles sont toxiques ou non. Une fois que les ministres ont évalué une substance inscrite sur une liste prioritaire, ils peuvent décider de recommander ou non qu'elle soit ajoutée à la liste des substances toxiques de l'annexe I. Lorsque les ministres font une telle recommandation, le gouverneur en conseil peut, en vertu de l'art. 33, après avoir donné à un comité consultatif fédéro-provincial (constitué en vertu de l'art. 6) la possibilité de formuler ses conseils, prendre un décret d'inscription de la substance à la liste des substances toxiques. Cela fait, le gouverneur en conseil est habilité, en vertu de l'art. 34, à prendre des règlements détaillés en ce qui touche la manière de traiter toute substance inscrite sur la liste de l'annexe I. L'omission de se conformer à ces règlements est punissable d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement (al. 113f, o) et p)). Comme l'art. 34 (dont le premier paragraphe est de toute première importance) est contesté en l'espèce, je vais le citer au complet:

34. (1) Sous réserve du paragraphe (3), le gouverneur en conseil peut, sur recommandation des ministres et après avoir donné au comité consultatif fédéro-provincial la possibilité de formuler ses conseils dans le cadre de l'article 6, prendre des règlements concernant une substance inscrite sur la liste de l'annexe I, notamment en ce qui touche:

a) la quantité ou la concentration dans lesquelles elle peut être rejetée dans l'environnement, seule ou combinée à une autre substance émise par quelque source ou type de sources que ce soit;

b) les lieux ou zones de rejet;

c) les activités commerciales, de fabrication ou de transformation au cours desquelles le rejet est permis;

(d) the manner in which and conditions under which the substance may be released into the environment, either alone or in combination with any other substance;

(e) the quantity of the substance that may be manufactured, processed, used, offered for sale or sold in Canada;

(f) the purposes for which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed, used, offered for sale or sold;

(g) the manner in which and conditions under which the substance or a product containing the substance may be imported, manufactured, processed or used;

(h) the quantities or concentrations in which the substance may be used;

(i) the quantities or concentrations of the substance that may be imported;

(j) the countries from or to which the substance may be imported or exported;

(k) the conditions under which, the manner in which and the purposes for which the substance may be imported or exported;

(l) the total, partial or conditional prohibition of the manufacture, use, processing, sale, offering for sale, import or export of the substance or a product containing the substance;

(m) the quantity or concentration of the substance that may be contained in any product manufactured, imported, exported or offered for sale in Canada;

(n) the manner in which and conditions under which and the purposes for which the substance or a product containing the substance may be advertised or offered for sale;

(o) the manner in which and conditions under which the substance or a product or material containing the substance may be stored, displayed, handled, transported or offered for transport;

(p) the packaging and labelling of the substance or a product or material containing the substance;

(q) the manner, conditions, places and method of disposal of the substance or a product or material containing the substance, including standards for the construction, maintenance and inspection of disposal sites;

d) les modalités et conditions de son rejet, seule ou en combinaison avec une autre substance;

e) la quantité qui peut être fabriquée, transformée, utilisée, mise en vente ou vendue au Canada;

f) les fins pour lesquelles la substance ou un produit qui en contient peut être importé, fabriqué, transformé, utilisé, mis en vente ou vendu;

g) les modalités et conditions d'importation, de fabrication, de transformation ou d'utilisation de la substance ou d'un produit qui en contient;

h) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut être utilisée;

i) la quantité ou la concentration dans lesquelles celle-ci peut-être importée;

j) les pays d'exportation ou d'importation;

k) les conditions, modalités et objets de l'importation ou de l'exportation;

l) l'interdiction totale, partielle ou conditionnelle de la fabrication, de l'utilisation, de la transformation, de la vente, de la mise en vente, de l'importation ou de l'exportation de la substance ou d'un produit qui en contient;

m) la quantité ou concentration de celle-ci que peut contenir un produit fabriqué, importé, exporté ou mis en vente au Canada;

n) les modalités, les conditions et l'objet de la publicité et de la mise en vente de la substance ou d'un produit qui en contient;

o) les modalités et les conditions de stockage, de présentation, de transport, de manutention ou d'offre de transport soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

p) l'emballage et l'étiquetage soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;

q) les modalités, lieux et méthodes d'élimination soit de la substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient, notamment les normes de construction, d'entretien et d'inspection des sites d'élimination;

- (r) the submission to the Minister, on request or at such times as are prescribed, of information relating to the substance;
- (s) the maintenance of books and records for the administration of any regulation made under this section;
- (t) the conduct of sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance and the submission of the results to the Minister;
- (u) the submission of samples of the substance to the Minister;
- (v) the methods and procedures for conducting sampling, analyses, tests, measurements or monitoring of the substance;
- (w) circumstances or conditions under which the Minister may, for the proper administration of this Act, modify
- (i) any requirement for sampling, analyses, tests, measurements or monitoring, or
- (ii) the methods and procedures for conducting any required sampling, analyses, tests, measurements or monitoring; and
- (x) any other matter necessary to carry out the purposes of this Part.
- (2) The Governor in Council may, on the recommendation of the Ministers, make regulations providing for the exemption of the following activities from the application of this Part and any regulations made under it, namely,
- (a) the import, export, manufacture, use, processing, transport, offering for transport, handling, packaging, labelling, advertising, sale, offering for sale, displaying, storing, disposing or releasing into the environment of any substance or a product or material containing any substance; and
- (b) the release of any substance into the environment, for a period specified in the regulations, from any source or type of source.
- (3) The Governor in Council shall not make a regulation under subsection (1) in respect of any substance if, in the opinion of the Governor in Council, the regulation regulates an aspect of the substance that is regulated by or under any other Act of Parliament.
- (4) A regulation made under subsection (1) with respect to a substance may amend the List of Toxic Sub-
- r) la transmission au ministre, sur demande ou au moment fixé par règlement, de renseignements concernant la substance;
- s) la tenue de livres et de registres pour l'exécution des règlements d'application du présent article;
- t) l'échantillonnage, l'analyse, l'essai, la mesure ou la surveillance de la substance et la transmission des résultats au ministre;
- u) la transmission d'échantillons de la substance au ministre;
- v) les méthodes et procédures à suivre pour les opérations mentionnées à l'alinéa t);
- w) les cas ou conditions de modification par le ministre, pour l'exécution de la présente loi, soit des exigences imposées pour les opérations mentionnées à l'alinéa t), soit des méthodes et procédures afférentes;
- x) toute autre mesure d'application de la présente partie.
- (2) Sur recommandation des ministres, le gouverneur en conseil peut, par règlement, soustraire à l'application de la présente partie et de ses règlements:
- a) l'importation, l'exportation, la fabrication, l'utilisation, la transformation, le transport, l'offre de transport, la manutention, l'emballage, l'étiquetage, la publicité, la vente, la mise en vente, la présentation, le stockage, l'élimination ou le rejet dans l'environnement soit d'une substance, soit d'un produit ou d'une matière qui en contient;
- b) le rejet dans l'environnement d'une substance provenant d'une source donnée, ou d'un type de sources donné, pendant un certain temps.
- (3) Les règlements prévus au paragraphe (1) ne peuvent toutefois être pris que si, selon le gouverneur en conseil, ils ne visent pas un point déjà réglementé sous le régime d'une autre loi fédérale.
- (4) Les règlements d'application du paragraphe (1) peuvent modifier la liste de l'annexe I de manière à y

stances in Schedule I so as to specify the type of regulation that applies with respect to the substance.

(5) Except with respect to Her Majesty in right of Canada, the provisions of a regulation made under subsection (1) do not apply in any province in respect of which there is in force an order, made under subsection (6), declaring that the provisions do not apply.

(6) Where the Minister and the government of a province agree in writing that there are in force by or under the laws of the province

(a) provisions that are equivalent to the provisions of a regulation made under subsection (1), and

(b) provisions that are similar to sections 108 to 110 for the investigation of alleged offences under provincial environmental legislation,

the Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, make an order declaring that the provisions of the regulation do not apply in the province.

(7) The Minister shall make public any agreement referred to in subsection (6).

(8) An agreement referred to in subsection (6) may be terminated by either party giving to the other at least six months notice of termination.

(9) The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, revoke an order made under subsection (6) where the agreement referred to in that subsection is terminated.

(10) The Minister shall include in the annual report required by section 138 a report on the administration of subsections (5) to (9).

préciser le type de règlement qui s'applique à la substance visée.

(5) Sauf à l'égard de Sa Majesté du chef du Canada, les règlements pris aux termes du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans la province visée par un décret pris aux termes du paragraphe (6).

(6) Sur recommandation du ministre, le gouverneur en conseil peut, par décret, déclarer que les règlements pris en application du paragraphe (1) ne s'appliquent pas dans la province lorsque le ministre et le gouvernement provincial sont convenus par écrit que sont en vigueur dans le cadre de la législation provinciale:

a) d'une part, des dispositions équivalentes à ces règlements;

b) d'autre part, des dispositions similaires aux articles 108 à 110 concernant les enquêtes pour infractions aux lois provinciales sur l'environnement.

(7) Le ministre rend public l'accord visé au paragraphe (6).

(8) Une partie à l'accord peut y mettre fin en donnant un préavis de six mois à l'autre partie.

(9) Sur recommandation du ministre, le gouverneur en conseil peut révoquer le décret d'exemption lorsqu'il a été mis fin à l'accord.

(10) Le ministre rend compte, dans le rapport annuel visé à l'article 138, de la mise en œuvre des paragraphes (5) à (9).

105 Section 35 is ancillary to s. 34. It provides that where a substance is not listed in Schedule I (or where it is listed but the Ministers believe it is not adequately regulated) and the Ministers believe that immediate action is required in respect of that substance, the Minister of the Environment may make an "interim order" in respect of the substance and make any provision that may be made in a regulation made under s. 34(1) and (2). Such provisions may include setting limits on the quantity and concentration of emissions of the substance, controlling the areas where the substance may be released, controlling the commercial man-

L'article 35 est accessoire à l'art. 34. Il prévoit que, lorsqu'une substance n'est pas inscrite sur la liste de l'annexe I (ou lorsqu'elle y est inscrite mais que les ministres croient qu'elle n'est pas réglementée comme il convient) et que les ministres croient qu'une intervention immédiate est nécessaire à l'égard de cette substance, le ministre de l'Environnement peut prendre, relativement à la substance en question, un «arrêté d'urgence» pouvant comporter les mêmes dispositions qu'un règlement d'application des par. 34(1) et (2). Ces dispositions peuvent notamment établir des limites relativement à la quantité et à la concentration des

ufacturing or processing activity in the course of which the substance is released, stipulating the manner and conditions in which the substance may be advertised or offered for sale and regulating the packaging and labelling of the substance or of a material containing the substance. An interim order ceases to have effect within 14 days unless it is approved by the Governor in Council (s. 35(3)), and such approval is not to be given unless, within 24 hours of making the order, the Minister has consulted with the affected provincial governments to determine whether they are prepared to take sufficient action to deal with the significant danger and has also consulted other federal Ministers to determine whether the matter can be dealt with under another Act of Parliament. The interim order ceases to have effect at the latest two years after it is made (s. 35(8)). Section 35 reads:

35. (1) Where

(a) a substance

(i) is not specified on the List of Toxic Substances in Schedule I and the Ministers believe that it is toxic, or

(ii) is specified on that List and the Ministers believe that it is not adequately regulated, and

(b) the Ministers believe that immediate action is required to deal with a significant danger to the environment or to human life or health,

the Minister may make an interim order in respect of the substance and the order may contain any provision that may be contained in a regulation made under subsection 34(1) or (2).

(2) Subject to subsection (3), an interim order has effect

(a) from the time it is made; and

(b) as if it were a regulation made under section 34.

émissions de la substance, restreindre les secteurs où il peut y avoir rejet de la substance, contrôler les activités commerciales de fabrication ou de transformation au cours desquelles il y a rejet de la substance, prescrire les modalités de la publicité et de la mise en vente de la substance et réglementer l'emballage et l'étiquetage de la substance ou d'un produit qui la contient. L'arrêté d'urgence cesse de s'appliquer dans les 14 jours, à défaut d'approbation par le gouverneur en conseil (par. 35(3)), et une telle approbation ne doit être donnée que si, dans les 24 heures de la prise de l'arrêté, le Ministre a consulté les gouvernements provinciaux concernés afin de déterminer s'ils sont disposés à prendre les moyens nécessaires pour parer au danger appréciable et s'il a également consulté les autres ministres fédéraux afin de déterminer s'il est possible de régler la question en recourant à une autre loi fédérale. L'arrêté d'urgence cesse d'avoir effet, au plus tard, deux ans après qu'il a été pris (par. 35(8)). L'article 35 est rédigé ainsi:

35. (1) Le ministre peut prendre un arrêté d'urgence pouvant comporter les mêmes dispositions qu'un règlement d'application des paragraphes 34(1) ou (2), lorsque les conditions suivantes sont réunies:

a) la substance n'est pas inscrite sur la liste de l'annexe I et les ministres la croient toxique, ou bien elle y est inscrite et ils estiment qu'elle n'est pas réglementée comme il convient;

b) les ministres croient qu'une intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l'environnement, soit pour la vie humaine ou la santé.

(2) Sous réserve du paragraphe (3), l'arrêté prend effet dès sa prise comme s'il s'agissait d'un règlement pris en vertu de l'article 34.

(3) An interim order ceases to have effect unless it is approved by the Governor in Council within fourteen days after it is made.

(4) The Governor in Council shall not approve an interim order unless

(a) the Minister has, within twenty-four hours after making the order, offered to consult the governments of all the affected provinces to determine whether they are prepared to take sufficient action to deal with the significant danger; and

(b) the Minister has consulted with other ministers of the Crown in right of Canada to determine whether any action can be taken under any other Act of Parliament to deal with the significant danger.

(5) Where the Governor in Council approves an interim order, the Ministers shall, within ninety days after the approval, recommend to the Governor in Council

(a) that a regulation having the same effect as the order be made under section 34; and

(b) if the order was made in respect of a substance that was not specified on the List of Toxic Substances in Schedule I, that the substance be added to that List under section 33.

(6) An interim order

(a) is exempt from the application of sections 3, 5 and 11 of the *Statutory Instruments Act*; and

(b) shall be published in the *Canada Gazette* within twenty-three days after it is approved under subsection (3).

(7) No person shall be convicted of an offence consisting of a contravention of an interim order that, at the time of the alleged contravention, was not published in the *Canada Gazette* in both official languages unless it is proved that at the date of the alleged contravention reasonable steps had been taken to bring the purport of the order to the notice of those persons likely to be affected by it.

(8) An interim order ceases to have effect when a regulation referred to in subsection (5) is made or two years after the order was made, whichever is the earlier.

(3) L'arrêté cesse toutefois d'avoir effet à défaut d'approbation par le gouverneur en conseil dans les quatorze jours qui suivent.

(4) Le gouverneur en conseil ne peut approuver l'arrêté d'urgence que si le ministre:

a) d'une part, dans les vingt-quatre heures suivant la prise de l'arrêté, a offert de consulter tous les gouvernements des provinces concernées afin de déterminer s'ils sont disposés à prendre les moyens nécessaires pour parer au danger en question;

b) d'autre part, a consulté les autres ministres fédéraux afin de déterminer si des mesures peuvent être prises sous le régime de toute autre loi fédérale pour parer au danger en question.

(5) Dans les quatre-vingt-dix jours qui suivent l'approbation par le gouverneur en conseil, les ministres recommandent à celui-ci, à la fois:

a) la prise d'un règlement d'application de l'article 34 ayant le même effet que l'arrêté;

b) l'inscription, sous le régime de l'article 33, de la substance visée sur la liste de l'annexe I dans les cas où elle n'y figure pas.

(6) L'arrêté est soustrait à l'application des articles 3, 5 et 11 de la *Loi sur les textes réglementaires* et publié dans la *Gazette du Canada* dans les vingt-trois jours suivant son approbation.

(7) Nul ne peut être condamné pour violation d'un arrêté d'urgence qui, à la date du fait reproché, n'était pas publié dans la *Gazette du Canada* dans les deux langues officielles, sauf s'il est établi qu'à cette date les mesures nécessaires avaient été prises pour porter la teneur de l'arrêté à la connaissance des personnes susceptibles d'être touchées par celui-ci.

(8) L'arrêté cesse d'avoir effet à la prise du règlement visé au paragraphe (5) ou, au plus tard, deux ans après sa prise.

C'est l'interaction des art. 34 et 35 qui est à l'origine de l'arrêté d'urgence ayant abouti au pré-

106 It is the interplay between ss. 34 and 35 that gave rise to the Interim Order that ultimately led to

this litigation. In 1989, the then Environment Minister, the Honourable Lucien Bouchard, became concerned that regulations governing PCBs made under previous legislation might not continue in force once the previous legislation had been repealed. Exercising his powers under s. 35, he adopted the Interim Order, cited *supra*, providing for the regulation of PCBs in accordance with the provisions of s. 34. The respondent challenges the charges brought against it under the Interim Order by alleging that both the order and ss. 34 and 35 are *ultra vires* Parliament.

But the nub of its case is not fully apparent from a reading of ss. 34 and 35 alone. These provisions must also be read in light of the broad definitions of “environment” and “substance” which read:

3. (1) In this Act,

. . .

“environment” means the components of the Earth and includes

- (a) air, land and water,
- (b) all layers of the atmosphere,
- (c) all organic and inorganic matter and living organisms, and
- (d) the interacting natural systems that include components referred to in paragraphs (a) to (c);

. . .

“substance” means any distinguishable kind of organic or inorganic matter, whether animate or inanimate, and includes

- (a) any matter that is capable of being dispersed in the environment or of being transformed in the environment into matter that is capable of being so dispersed or that is capable of causing such transformations in the environment,
- (b) any element or free radical,
- (c) any combination of elements of a particular molecular identity that occurs in nature or as a result of a chemical reaction, and
- (d) complex combinations of different molecules that originate in nature or are the result of chemical reac-

sent litige. En 1989, le ministre de l'Environnement de l'époque, l'honorable Lucien Bouchard, a commencé à craindre que le règlement régissant les BPC, pris en vertu de l'ancienne loi, ne soit plus en vigueur une fois que l'ancienne loi aurait été abrogée. Exerçant les pouvoirs que lui conférait l'art. 35, il a adopté l'arrêté d'urgence susmentionné qui prévoyait la réglementation des BPC conformément aux dispositions de l'art. 34. L'intimée conteste les accusations portées contre elle en vertu de l'arrêté d'urgence, en alléguant que cet arrêté ainsi que les art. 34 et 35 excèdent la compétence du Parlement.

Mais l'essentiel de son argumentation n'est pas tout à fait évident à la lecture des seuls art. 34 et 35. Il faut également lire ces dispositions à la lumière des définitions générales des mots «environnement» et «substance», qui se lisent ainsi:

3. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«environnement» Ensemble des conditions et des éléments naturels de la terre, notamment:

- a) l'air, l'eau et le sol;
- b) toutes les couches de l'atmosphère;
- c) toutes les matières organiques et inorganiques ainsi que les êtres vivants;
- d) les systèmes naturels en interaction qui comprennent les éléments visés aux alinéas a) à c).

. . .

«substance» Toute matière organique ou inorganique, animée ou inanimée, distinguable. La présente définition vise notamment:

- a) les matières susceptibles soit de se disperser dans l'environnement, soit de s'y transformer en matières dispersables, ainsi que les matières susceptibles de provoquer de telles transformations dans l'environnement;
- b) les radicaux libres ou les éléments;
- c) les combinaisons d'éléments à l'identité moléculaire précise soit naturelles, soit consécutives à une réaction chimique;
- d) des combinaisons complexes de molécules différentes, d'origine naturelle ou résultant de réactions

tions but that could not practicably be formed by simply combining individual constituents,

and, except for the purposes of sections 25 to 32, includes

(e) any mixture that is a combination of substances and does not itself produce a substance that is different from the substances that were combined,

(f) any manufactured item that is formed into a specific physical shape or design during manufacture and has, for its final use, a function or functions dependent in whole or in part on its shape or design, and

(g) any animate matter that is, or any complex mixtures of different molecules that are, contained in effluents, emissions or wastes that result from any work, undertaking or activity;

Above all, the respondent is concerned with the term "toxic" as it is used in s. 11, which, together with the definitions just quoted, it contends, constitute an impermissibly broad interference with provincial legislative powers.

The Issues

108

In this Court, the appellant Attorney General of Canada seeks to support the impugned provisions of the Act on the basis of the national concern doctrine under the peace, order and good government clause of s. 91 or under the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The respondent Hydro-Québec and the *mis en cause* Attorney General of Quebec dispute this. In broad terms, they say that the provisions are so invasive of provincial powers that they cannot be justified either under the national dimensions doctrine or under the criminal law power. The attack on the validity of the provisions under the latter power is also supported, most explicitly by the intervener the Attorney General for Saskatchewan, on the ground that they are, in essence, of a regulatory and not of a prohibitory character. Finally, I repeat that while the Interim Order precipitated the litigation, there is no doubt that the respondent and *mis*

chimiques, mais qui ne pourraient se former dans la pratique par la simple combinaison de leurs composants individuels.

Elle vise aussi, sauf pour l'application des articles 25 à 32:

e) les mélanges combinant des substances et ne produisant pas eux-mêmes une substance différente de celles qui ont été combinées;

f) les articles manufacturés dotés d'une forme ou de caractéristiques matérielles précises pendant leur fabrication et qui ont, pour leur utilisation finale, une ou plusieurs fonctions en dépendant, en tout ou en partie;

g) les matières animées ou les mélanges complexes de molécules différentes qui sont contenus dans les effluents, les émissions ou les déchets attribuables à des travaux, des entreprises ou des activités.

L'intimée s'intéresse surtout au mot «toxique» utilisé à l'art. 11, qui, conjugué aux définitions qui viennent d'être citées, constitue, selon elle, un empiètement grave et inacceptable sur les pouvoirs législatifs des provinces.

Les questions en litige

Devant notre Cour, l'appelant le procureur général du Canada cherche à fonder les dispositions contestées de la Loi sur la théorie de l'intérêt national justifiant l'application de la clause de l'art. 91 concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement, ou sur la compétence en matière de droit criminel conférée au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'intimée Hydro-Québec et le *mis en cause* le procureur général du Québec contestent cela. De façon générale, ils affirment que ces dispositions empiètent tellement sur les pouvoirs des provinces qu'il est impossible de les justifier par la théorie des dimensions nationales ou la compétence en matière de droit criminel. La contestation de la validité des dispositions en vertu de cette dernière compétence est également appuyée fort explicitement par l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan, pour le motif qu'elles sont essentiellement de nature réglementaire et non prohibitive. Enfin, je répète que, bien que l'arrêt d'urgence ait précipité le litige, il n'y a pas de doute que l'intimée et le *mis en cause* ainsi que les intervenants qui les appuient visent

en cause as well as their supporting interveners are after bigger game — the enabling provisions.

While both the national concern doctrine and the criminal law power received attention in the course of the argument, it is right to say that the principal focus in this Court was on the national concern issue. This may in fact be owing to the fact that this Court's most recent decision dealing extensively with the criminal law power, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, had not been decided when this case came before the courts whose judgments are under review in this case. Whatever the reason, many of the arguments and concerns seemed at times to be addressed at both legislative powers, and the general effect was to colour and I think at times to distort the approach that, in my view, should properly be taken to the criminal law power. Thus I found much of the discussion relating to the pith and substance of the legislation, as well as other matters to which I shall later refer, not altogether apt to a consideration of the criminal law power.

I make these remarks because, in my view, the impugned provisions are valid legislation under the criminal law power — s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It thus becomes unnecessary to deal with the national concern doctrine, which inevitably raises profound issues respecting the federal structure of our Constitution which do not arise with anything like the same intensity in relation to the criminal law power.

In analysing the issues as they relate to the criminal law power, I propose to proceed in the following manner. I shall begin with introductory remarks reviewing the manner in which this Court has approached environmental issues arising under the division of powers under the *Constitution Act, 1867*. I shall then turn to a discussion of the federal criminal law power under s. 91(27) of that Act. This will be followed by a closer examination of

une cible plus importante — les dispositions habilitantes.

Bien qu'on ait prêté attention à la théorie de l'intérêt national et à la compétence en matière de droit criminel au cours des plaidoiries, on peut affirmer à juste titre que, devant notre Cour, l'accent a été mis principalement sur la question de l'intérêt national. C'est peut-être dû au fait que l'arrêt le plus récent de notre Cour portant largement sur la compétence en matière de droit criminel, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, n'avait pas été rendu lorsque la présente affaire a été portée devant les tribunaux dont les décisions font l'objet du présent pourvoi. Quelle qu'en soit la raison, bon nombre des arguments et des préoccupations semblaient parfois avoir trait aux deux pouvoirs législatifs, et cela a généralement eu pour effet de fausser et parfois, selon moi, de dénaturer la façon dont, à mon avis, il conviendrait d'aborder la compétence en matière de droit criminel. J'ai donc conclu qu'une bonne partie de l'analyse portant sur le caractère véridique de la loi en cause, ainsi que d'autres questions auxquelles je me reporterai plus tard, n'étaient absolument pas pertinentes pour examiner la compétence en matière de droit criminel.

Je formule ces remarques parce que, selon moi, les dispositions contestées sont valides en vertu de la compétence en matière de droit criminel — le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il devient ainsi inutile de traiter la théorie de l'intérêt national, qui soulève inévitablement de graves questions concernant la structure fédérale de notre Constitution qui ne se posent pas avec la même intensité au sujet de la compétence en matière de droit criminel.

Pour analyser les questions se rapportant à la compétence en matière de droit criminel, je compte procéder de la façon suivante. Je vais d'abord formuler des observations préliminaires sur la façon dont notre Cour a abordé les questions environnementales qui se posent en vertu du partage des pouvoirs prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je passerai ensuite à l'analyse de la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu

109

110

111

Part II, Toxic Substances, of the Act. This will open the way to a discussion of whether ss. 34 and 35, as well as the Interim Order, are valid exercises of the criminal law power.

Analysis

Introduction

112 In considering how the question of the constitutional validity of a legislative enactment relating to the environment should be approached, this Court in *Oldman River*, *supra*, made it clear that the environment is not, as such, a subject matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. As it was put there, “the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of ‘environment’ *sui generis* to either the provinces or Parliament” (p. 63). Rather, it is a diffuse subject that cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal, some provincial (pp. 63-64). Thus Parliament or a provincial legislature can, in advancing the scheme or purpose of a statute, enact provisions minimizing or preventing the detrimental impact that statute may have on the environment, prohibit pollution, and the like. In assessing the constitutional validity of a provision relating to the environment, therefore, what must first be done is to look at the catalogue of legislative powers listed in the *Constitution Act, 1867* to see if the provision falls within one or more of the powers assigned to the body (whether Parliament or a provincial legislature) that enacted the legislation (*ibid.* at p. 65). If the provision in essence, in pith and substance, falls within the parameters of any such power, then it is constitutionally valid.

113 Though pith and substance may be described in different ways, the expressions “dominant purpose” or “true character” used in *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-82, or “the dominant or most important characteristic of the challenged law” used in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286, and in *Old-*

du par. 91(27) de cette loi. Viendra ensuite un examen plus approfondi de la partie II de la Loi, intitulée «Substances toxiques». Cela nous amènera à nous demander si les art. 34 et 35 ainsi que l’arrêté d’urgence constituent des exercices valides de la compétence en matière de droit criminel.

Analyse

Introduction

En examinant la façon dont devrait être abordée la question de la constitutionnalité d’un texte législatif concernant l’environnement, notre Cour a précisé dans l’arrêt *Oldman River*, précité, que l’environnement n’est pas, comme tel, un domaine de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme il y est affirmé, «la *Loi constitutionnelle de 1867* n’a pas conféré le domaine de l’«environnement» comme tel aux provinces ou au Parlement» (p. 63). Il s’agit plutôt d’un sujet diffus qui touche plusieurs domaines différents de responsabilité constitutionnelle, dont certains sont fédéraux et d’autres provinciaux (pp. 63 et 64). Le Parlement ou une législature provinciale peut, en alléguant l’économie ou l’objet d’une loi, adopter des dispositions qui réduisent au minimum ou empêchent l’effet préjudiciable que cette loi peut avoir sur l’environnement, interdire la pollution, et ainsi de suite. En conséquence, pour évaluer la constitutionnalité d’une disposition relative à l’environnement, il faut d’abord consulter la liste des pouvoirs législatifs figurant dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour vérifier si la disposition relève d’un seul ou de plusieurs des pouvoirs attribués au corps législatif (le Parlement ou une législature provinciale) qui a adopté la mesure législative en cause (*ibid.*, à la p. 65). Si, de par son caractère véritable, la disposition relève essentiellement de l’un de ces pouvoirs, elle est alors constitutionnellement valide.

Bien que le caractère véritable puisse être décrit de différentes façons, les expressions «objet principal» ou «idée maîtresse» utilisées dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, aux pp. 481 et 482, ou l’expression «la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée», utilisée dans les arrêts *Whitbread c. Walley*, [1990] 3

man River, supra, at p. 62, appropriately convey the meaning to be attached to the term. If a provision dealing with the environment is really aimed at promoting the dominant purpose of the statute or at addressing the impact of a statutory scheme, and the scheme itself is valid, then so is the provision.

In examining the validity of legislation in this way, it must be underlined that the nature of the relevant legislative powers must be examined. Different types of legislative powers may support different types of environmental provisions. The manner in which such provisions must be related to a legislative scheme was, by way of example, discussed in *Oldman River* in respect of railways, navigable waters and fisheries. An environmental provision may be validly aimed at curbing environmental damage, but in some cases the environmental damage may be directly related to the power itself. There is a considerable difference between regulating works and activities, like railways, and a resource like fisheries, and consequently the environmental provisions relating to each of these. Environmental provisions must be tied to the appropriate constitutional source.

Some heads of legislation may support a wholly different type of environmental provision than others. Notably under the general power to legislate for the peace, order and good government, Parliament may enact a wide variety of environmental legislation in dealing with an emergency of sufficient magnitude to warrant resort to the power. But the emergency would, of course, have to be established. So too with the "national concern" doctrine, which formed the major focus of the present case. A discrete area of environmental legislative power can fall within that doctrine, provided it meets the criteria first developed in *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373,

R.C.S. 1273, à la p. 1286, et *Oldman River*, précité, à la p. 62, évoquent correctement le sens qu'il faut donner à cette notion. Si une disposition concernant l'environnement vise réellement à promouvoir l'objectif principal de la loi ou à s'attaquer à l'effet d'un régime législatif, et si ce régime est lui-même valide, alors la disposition le sera également.

Il faut souligner que, lorsqu'on examine la validité d'une loi de cette façon, il faut également examiner la nature des pouvoirs législatifs pertinents. Différents types de pouvoirs législatifs peuvent justifier différents types de dispositions relatives à l'environnement. La manière dont de telles dispositions doivent se rapporter à un régime législatif a été étudiée, au moyen d'un exemple, dans l'arrêt *Oldman River* relativement aux chemins de fer, aux eaux navigables et aux pêches. Une disposition relative à l'environnement peut valablement viser à freiner les dommages causés à l'environnement, mais, dans certains cas, ces dommages peuvent être liés directement au pouvoir lui-même. Il existe une énorme différence entre la réglementation d'ouvrages et d'activités comme les chemins de fer, et celle d'une ressource comme les pêches, et, par conséquent, entre les dispositions relatives à l'environnement qui se rapportent à chacun d'eux. Les dispositions relatives à l'environnement doivent être rattachées à la bonne source constitutionnelle.

Certains chefs de compétence législative peuvent justifier un type tout à fait différent de dispositions relatives à l'environnement. En vertu notamment du pouvoir général d'adopter des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le Parlement peut adopter un large éventail de lois sur l'environnement afin de répondre à une urgence d'une ampleur suffisante pour justifier le recours à ce pouvoir. Mais il faudrait naturellement prouver qu'il y a urgence. Il en est de même en ce qui concerne la théorie de l'«intérêt national», qui constituait le principal point sur lequel on s'est concentré en l'espèce. Un domaine distinct de compétence législative en matière d'environnement peut relever de cette théorie, pourvu qu'il satisfasse aux critères établis dans le *Renvoi sur la Loi anti-*

114

115

and thus set forth in *Crown Zellerbach, supra*, at p. 432:

3. For a matter to qualify as a matter of national concern in either sense it must have a singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguishes it from matters of provincial concern and a scale of impact on provincial jurisdiction that is reconcilable with the fundamental distribution of legislative power under the Constitution;

Thus in the latter case, this Court held that marine pollution met those criteria and so fell within the exclusive legislative power of Parliament under the peace, order and good government clause. While the constitutional necessity of characterizing certain activities as beyond the scope of provincial legislation and falling within the national domain was accepted by all the members of the Court, the danger of too readily adopting this course was not lost on the minority. Determining that a particular subject matter is a matter of national concern involves the consequence that the matter falls within the exclusive and paramount power of Parliament and has obvious impact on the balance of Canadian federalism. In *Crown Zellerbach*, the minority (at p. 453) expressed the view that the subject of environmental protection was all-pervasive, and if accepted as falling within the general legislative domain of Parliament under the national concern doctrine, could radically alter the division of legislative power in Canada.

116 The minority position on this point (which was not addressed by the majority) was subsequently accepted by the whole Court in *Oldman River, supra*, at p. 64. The general thrust of that case is that the Constitution should be so interpreted as to afford both levels of government ample means to protect the environment while maintaining the general structure of the Constitution. This is hardly consistent with an enthusiastic adoption of the "national dimensions" doctrine. That doctrine can, it is true, be adopted where the criteria set forth in *Crown Zellerbach* are met so that the subject can

inflation, [1976] 2 R.C.S. 373, et ainsi énoncés dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, précité, à la p. 432:

3. Pour qu'on puisse dire qu'une matière est d'intérêt national dans un sens ou dans l'autre, elle doit avoir une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distinguent clairement des matières d'intérêt provincial, et un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage fondamental des pouvoirs législatifs effectué par la Constitution;

Dans le dernier cas, notre Cour a donc jugé que la pollution de la mer satisfaisait à ces critères et relevait ainsi de la compétence législative exclusive que le Parlement possède en vertu de la clause concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Bien que tous les juges de la Cour aient reconnu la nécessité constitutionnelle de qualifier certaines activités comme excédant la portée de la loi provinciale et relevant du domaine national, le danger d'adopter trop facilement cette ligne de conduite n'a pas échappé aux juges dissidents. Décider qu'un sujet particulier est une question d'intérêt national fait en sorte que cette question relève de la compétence exclusive et prépondérante du Parlement et a manifestement une incidence sur l'équilibre du fédéralisme canadien. Dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, les juges dissidents (à la p. 453) ont exprimé l'avis que la protection de l'environnement est une matière qui touche à tout et que, si elle était reconnue comme relevant de la compétence législative générale du Parlement en vertu de la théorie de l'intérêt national, elle pourrait modifier radicalement le partage des compétences législatives au Canada.

La position des juges dissidents sur ce point (qui n'a pas été abordé par les juges formant la majorité) a été ultérieurement acceptée par la Cour au complet dans l'arrêt *Oldman River*, précité, à la p. 64. D'après l'orientation générale de cet arrêt, il faudrait interpréter la Constitution de façon à accorder aux deux niveaux de gouvernement de vastes moyens de protéger l'environnement, tout en maintenant la structure générale de la Constitution. Cela est difficilement compatible avec l'adoption enthousiaste de la théorie des «dimensions nationales». Cette théorie peut, il est vrai, être adoptée lorsqu'il a été satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, de sorte

appropriately be separated from areas of provincial competence.

I have gone on at this length to demonstrate the simple proposition that the validity of a legislative provision (including one relating to environmental protection) must be tested against the specific characteristics of the head of power under which it is proposed to justify it. For each constitutional head of power has its own particular characteristics and raises concerns peculiar to itself in assessing it in the balance of Canadian federalism. This may seem obvious, perhaps even trite, but it is all too easy (see *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213) to overlook the characteristics of a particular power and overshoot the mark or, again, in assessing the applicability of one head of power to give effect to concerns appropriate to another head of power when this is neither appropriate nor consistent with the law laid down by this Court respecting the ambit and contours of that other power. In the present case, it seems to me, this was the case of certain propositions placed before us regarding the breadth and application of the criminal law power. There was a marked attempt to raise concerns appropriate to the national concern doctrine under the peace, order and good government clause to the criminal law power in a manner that, in my view, is wholly inconsistent with the nature and ambit of that power as set down by this Court from a very early period and continually reiterated since, notably in specific pronouncements in the most recent cases on the subject.

The Criminal Law Power

Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867* confers the exclusive power to legislate in relation to criminal law on Parliament. The nature and ambit of this power has recently been the subject of a detailed analytical and historical examination in *RJR-MacDonald*, *supra*, where it was again described (p. 240), as it has for many years, as being “plenary in nature” (emphasis added). I shall

que le sujet en question peut, à juste titre, être dissocié des domaines de compétence provinciale.

J’en suis venu jusque-là pour démontrer simplement que la validité d’une disposition législative (y compris une disposition relative à la protection de l’environnement) doit être examinée en fonction des caractéristiques particulières du chef de compétence par lequel on propose de la justifier. En effet, chaque chef de compétence constitutionnelle a ses propres caractéristiques particulières et soulève des questions qui lui sont propres lorsqu’on l’évalue au regard du fédéralisme canadien. Cela peut sembler évident, voire même banal, mais il n’est que trop facile (voir *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213) d’oublier les caractéristiques d’un pouvoir particulier et de dépasser les bornes ou, encore une fois, en évaluant l’applicabilité d’un chef de compétence, de mettre à exécution des intérêts propres à un autre chef de compétence lorsque ce n’est ni approprié ni conforme au droit énoncé par notre Cour en ce qui concerne l’étendue et les limites de cet autre pouvoir. En l’espèce, me semble-t-il, c’était le cas de certaines propositions qui nous ont été soumises relativement à l’étendue et à l’application de la compétence en matière de droit criminel. On a manifestement tenté de soulever des questions propres à la théorie de l’intérêt national justifiant l’application de la clause concernant la paix, l’ordre et le bon gouvernement à la compétence en matière de droit criminel, et ce, d’une manière qui, à mon avis, est tout à fait incompatible avec la nature et l’étendue de cette compétence qui ont été établies très tôt par notre Cour et qui ont été constamment réitérées depuis, notamment dans des déclarations précises contenues dans la jurisprudence la plus récente en la matière.

La compétence en matière de droit criminel

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir exclusif d’adopter des lois en matière de droit criminel. La nature et l’étendue de ce pouvoir ont récemment fait l’objet d’une analyse historique approfondie dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, précité, où ce pouvoir a de nouveau été décrit (p. 240), comme c’était le cas depuis de nombreuses années, comme

not attempt to repeat the analysis so recently set forth at length by this Court, or attempt to refer extensively to all of the many authorities there cited, but will confine myself to underlining the findings in that case that are most salient to the issues raised here. I add that Professor Leclair in an excellent article, "Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement" (1996), 27 *R.G.D.* 137, has very recently analysed all the relevant cases and has come to the same conclusion about the general scope of the criminal law power and its application to the environment, and in particular the Act here in question.

étant «de nature plénière» (je souligne). Je ne tenterai ni de reprendre l'analyse détaillée si récente de notre Cour ni de mentionner à fond toute la doctrine et toute la jurisprudence qui y ont été citées, mais je me contenterai plutôt de souligner les conclusions de cet arrêt qui sont les plus marquantes en ce qui concerne les questions soulevées en l'espèce. J'ajoute que, dans un excellent article intitulé «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement» (1996), 27 *R.G.D.* 137, le professeur Leclair analysait très récemment toute la jurisprudence pertinente et qu'il en est venu à la même conclusion au sujet de la portée générale de la compétence en matière de droit criminel et de son application à l'environnement, et, en particulier, de la loi dont il est question en l'espèce.

119

What appears from the analysis in *RJR-MacDonald* is that as early as 1903, the Privy Council, in *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, at pp. 528-29, had made it clear that the power conferred on Parliament by s. 91(27) is "the criminal law in its widest sense" (emphasis added). Consistently with this approach, the Privy Council in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (hereafter *PATA*), at p. 324, defined the criminal law power as including any prohibited act with penal consequences. As it put it, at p. 324: "The criminal quality of an act cannot be discerned . . . by reference to any standard but one: Is the act prohibited with penal consequences?" This approach has been consistently followed ever since and, as *RJR-MacDonald* relates, it has been applied by the courts in a wide variety of settings. Accordingly, it is entirely within the discretion of Parliament to determine what evil it wishes by penal prohibition to suppress and what threatened interest it thereby wishes to safeguard, to adopt the terminology of Rand J. in the *Margarine Reference*, *supra*, at p. 49, cited *infra*.

Ce qui ressort de l'analyse effectuée dans l'arrêt *RJR-MacDonald* est que, dès 1903, dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario c. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, aux pp. 528 et 529, le Conseil privé avait précisé que le pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(27) a trait au [TRADUCTION] «droit criminel dans son sens le plus large» (je souligne). Conformément à cette interprétation, le Conseil privé a, dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (ci-après *PATA*), à la p. 324, défini la compétence en matière de droit criminel comme comprenant tout acte interdit assorti de conséquences pénales. Comme il l'affirme, à la p. 324: [TRADUCTION] «La qualité criminelle d'un acte ne peut se discerner [. . .] qu'en se référant à une norme unique: l'acte est-il interdit et assorti de conséquences pénales?» Cette interprétation a été constamment suivie depuis et, comme on le rapporte dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, elle a été appliquée par les tribunaux dans toute une gamme de contextes. Par conséquent, il relève entièrement du pouvoir discrétionnaire du Parlement de décider quel mal il désire supprimer au moyen d'une interdiction pénale et quel intérêt menacé il souhaite ainsi sauvegarder, pour reprendre les termes du juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, à la p. 49, cité plus loin.

Contrary to the respondent's submission, under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, it is also within the discretion of Parliament to determine the extent of blameworthiness that it wishes to attach to a criminal prohibition. So it may determine the nature of the mental element pertaining to different crimes, such as a defence of due diligence like that which appears in s. 125(1) of the Act in issue. This flows from the fact that Parliament has been accorded plenary power to make criminal law in the widest sense. This power is, of course, subject to the "fundamental justice" requirements of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which may dictate a higher level of *mens rea* for serious or "true" crimes; cf. *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, and *R. v. Rube*, [1992] 3 S.C.R. 159, but that is not an issue here.

The *Charter* apart, only one qualification has been attached to Parliament's plenary power over criminal law. The power cannot be employed colourably. Like other legislative powers, it cannot, as Estey J. put it in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at p. 237, "permit Parliament, simply by legislating in the proper form, to colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence". To determine whether such an attempt is being made, it is, of course, appropriate to enquire into Parliament's purpose in enacting the legislation. As Estey J. noted in *Scowby*, at p. 237, since the *Margarine Reference*, it has been "accepted that some legitimate public purpose must underlie the prohibition". Estey J. then cited Rand J.'s words in the *Margarine Reference* (at p. 49) as follows:

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legisla-

120
 Contrairement à l'argument de l'intimée, aux termes du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il relève également du pouvoir discrétionnaire du Parlement de déterminer le degré de culpabilité qu'il souhaite attacher à une interdiction criminelle. Il peut ainsi déterminer la nature de l'élément moral relatif à divers crimes, telle que la défense de diligence raisonnable comme celle qui figure au par. 125(1) de la loi en cause. Cela découle du fait que le Parlement a été investi du plein pouvoir d'adopter des règles de droit criminel au sens le plus large du terme. Ce pouvoir est assujéti, naturellement, aux exigences de la «justice fondamentale» prescrites à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui peuvent dicter un degré plus élevé de *mens rea* dans le cas des crimes graves ou «proprement dits»; voir *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, et *R. c. Rube*, [1992] 3 R.C.S. 159, mais cette question ne se pose pas en l'espèce.

121
 La *Charte* mise à part, le plein pouvoir du Parlement en matière de droit criminel a été assorti d'une seule réserve. Ce pouvoir ne peut pas être utilisé de façon déguisée. Comme d'autres pouvoirs législatifs, il ne peut pas, comme le dit le juge Estey dans l'arrêt *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, à la p. 237, «permettr[e] au Parlement, simplement en légiférant de la manière appropriée, d'empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive». Pour déterminer si on est en présence d'une telle tentative, il convient, naturellement, d'examiner l'objectif que poursuivait le Parlement en adoptant la loi en cause. Comme le juge Estey le fait remarquer dans l'arrêt *Scowby*, à la p. 237, depuis le *Renvoi sur la margarine*, on a «accepté que l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime». Le juge Estey cite ensuite les propos du juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine* (à la p. 49):

[TRADUCTION] Le crime est l'acte que la loi interdit et auquel elle attache une peine; les interdictions portant sur quelque chose, l'on peut toujours trouver à leur base une situation contre laquelle le législateur veut, dans l'intérêt public, lutter. La situation que le législateur a voulu faire cesser ou les intérêts qu'il a voulu sauvegar-

ture has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

I simply add that the analysis in *Scowby* and the *Margarine Reference* was most recently applied by this Court in *RJR-MacDonald*, *supra*, at pp. 240-41.

¹²² In the *Margarine Reference*, *supra*, at p. 50, Rand J. helpfully set forth the more usual purposes of a criminal prohibition in the following passage:

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law. . . . [Emphasis added.]

See also *Morgentaler*, *supra*, at p. 489; *RJR-MacDonald*, at p. 241. As the final clause in the passage just cited indicates, the listed purposes by no means exhaust the purposes that may legitimately support valid criminal legislation. Not only is this clear from this passage, but subsequent to the *Margarine Reference*, it is obvious from Rand J.'s remarks in *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, at pp. 508-9, that he was in no way departing from Lord Atkin's statement in the *PATA* case, *supra* (he cited the relevant passage with approval). His concern in the *Margarine Reference*, as he indicates in the *Lord's Day* case (at p. 509), was that "in a federal system distinctions must be made arising from the true object, purpose, nature or character of each particular enactment". In short, in a case like the present, all one is concerned with is colourability. Otherwise, one would, in effect, be reviving the discarded notion that there is a "domain" of criminal law, something Rand J., like Lord Atkin before him, was not prepared to do. All of this is, of course, consistent with the view, most recently reiterated in *RJR-MacDonald*, at pp. 259-61, that criminal law is not frozen in time.

der peuvent être autant du domaine social que du domaine économique ou politique; et la législature avait à l'esprit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés.

J'ajoute simplement que l'analyse effectuée dans *Scowby* et le *Renvoi sur la margarine* a été appliquée tout récemment par notre Cour dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 240 et 241.

Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, à la p. 50, le juge Rand expose de façon utile les objectifs les plus courants d'une interdiction criminelle, dans le passage suivant:

[TRADUCTION] La prohibition est-elle [. . .] adoptée en vue d'un objectif public qui peut la faire considérer comme relative au droit criminel? La paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité: ce sont là des buts habituels, bien que non exclusifs, que poursuit ce droit . . . [Je souligne.]

Voir aussi *Morgentaler*, précité, à la p. 489; *RJR-MacDonald*, à la p. 241. Comme l'indique la dernière phrase du passage que je viens de citer, il ne s'agit nullement d'une liste exhaustive des objectifs sur lesquels une loi criminelle valide peut se fonder légitimement. Non seulement cela ressort-il clairement de ce passage, mais, à la suite du *Renvoi sur la margarine*, il appert des remarques du juge Rand dans l'arrêt *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, aux pp. 508 et 509, qu'il ne s'écartait nullement de l'énoncé de lord Atkin dans l'arrêt *PATA*, précité (il a cité le passage pertinent en l'approuvant). Ce qui l'intéressait dans le *Renvoi sur la margarine*, comme il l'indique dans l'arrêt *Lord's Day* (à la p. 509), c'était que [TRADUCTION] «dans un régime fédéral, il convient de faire des distinctions selon l'objet, le but, la nature ou le caractère de chaque texte législatif». Bref, dans un cas comme en l'espèce, tout ce qui nous intéresse, c'est la question de la législation déguisée. Sinon, on ferait, en réalité, revivre l'idée abandonnée qu'il existe un «domaine» de droit criminel, quelque chose que le juge Rand, à l'instar de lord Atkin avant lui, n'était pas disposé à faire. Il va sans dire que tout cela est compatible avec le point de vue réitéré tout récemment dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, aux pp. 259 à 261, que le droit criminel n'est pas figé dans le temps.

During the argument in the present case, however, one sensed, at times, a tendency, even by the appellant and the supporting interveners, to seek justification solely for the purpose of the protection of health specifically identified by Rand J. Now I have no doubt that that purpose obviously will support a considerable measure of environmental legislation, as perhaps also the ground of security. But I entertain no doubt that the protection of a clean environment is a public purpose within Rand J.'s formulation in the *Margarine Reference*, cited *supra*, sufficient to support a criminal prohibition. It is surely an "interest threatened" which Parliament can legitimately "safeguard", or to put it another way, pollution is an "evil" that Parliament can legitimately seek to suppress. Indeed, as I indicated at the outset of these reasons, it is a public purpose of superordinate importance; it constitutes one of the major challenges of our time. It would be surprising indeed if Parliament could not exercise its plenary power over criminal law to protect this interest and to suppress the evils associated with it by appropriate penal prohibitions.

This approach is entirely consistent with the recent pronouncement of this Court in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, where Gonthier J., speaking for the majority, had this to say, at para. 55:

It is clear that over the past two decades, citizens have become acutely aware of the importance of environmental protection, and of the fact that penal consequences may flow from conduct which harms the environment. . . . Everyone is aware that individually and collectively, we are responsible for preserving the natural environment. I would agree with the Law Reform Commission of Canada, *Crimes Against the Environment*, *supra*, which concluded at p. 8 that:

. . . a fundamental and widely shared value is indeed seriously contravened by some environmental pollution, a value which we will refer to as the *right to a safe environment*.

To some extent, this right and value appears to be new and emerging, but in part because it is an exten-

Toutefois, durant les plaidoiries en l'espèce, on a parfois senti une tendance, même chez l'appelant et les intervenants qui l'appuyaient, à chercher seulement à justifier de l'objectif de protection de la santé décrit expressément par le juge Rand. Maintenant je n'ai aucun doute que cet objectif servira manifestement de fondement à un grand nombre de mesures législatives relatives à l'environnement, comme peut-être également le motif de sécurité. Mais je ne doute nullement que la protection d'un environnement propre est un objectif public, au sens de ce qu'a exprimé le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, qui est suffisant pour justifier une interdiction criminelle. C'est sûrement un [TRADUCTION] «intérêt menacé» que le Parlement peut légitimement «sauvegarder» ou, en d'autres mots, la pollution est un «mal» que le Parlement peut légitimement chercher à supprimer. En fait, comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, c'est un objectif public d'une importance supérieure; il constitue l'un des principaux défis de notre époque. Il serait, en effet, surprenant que le Parlement ne puisse pas exercer son plein pouvoir en matière de droit criminel pour protéger cet intérêt et supprimer les maux qui lui sont associés au moyen d'interdictions pénales appropriées.

Ce point de vue est en totale harmonie avec l'arrêt récent de notre Cour *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, où le juge Gonthier affirme au nom des juges majoritaires, au par. 55:

Il est clair qu'au cours des deux dernières décennies, les citoyens se sont fortement sensibilisés à l'importance d'assurer la protection de l'environnement et au fait que des conséquences pénales peuvent découler d'une conduite qui nuit à l'environnement. [. . .] Nous savons tous que, individuellement et collectivement, nous sommes responsables de la préservation de l'environnement naturel. J'abonde dans le sens de la Commission de réforme du droit du Canada qui, dans son document *Les crimes contre l'environnement*, *op. cit.*, a conclu, à la p. 10:

. . . certains faits de pollution représentent effectivement la violation d'une valeur fondamentale et largement reconnue, valeur que nous appellerons le *droit à un environnement sûr*.

Cette valeur paraît relativement nouvelle, encore que dans la mesure où elle s'inscrit dans le prolonge-

sion of existing and very traditional rights and values already protected by criminal law, its presence and shape even now are largely discernible. Among the new strands of this fundamental value are, it may be argued, those such as *quality of life*, and *stewardship* of the natural environment. At the same time, traditional values as well have simply expanded and evolved to include the environment now as an area and interest of direct and primary concern. Among these values fundamental to the purposes and protections of criminal law are the *sanctity of life*, the *inviolability and integrity of persons*, and the *protection of human life and health*. It is increasingly understood that certain forms and degrees of environmental pollution can directly or indirectly, sooner or later, seriously harm or endanger human life and human health.

Not only has environmental protection emerged as a fundamental value in Canadian society, but this has also been recognized in legislative provisions such as s. 13(1)(a) EPA. [Italics in original; underlining added.]

125

It is worthy of note that following Working Paper 44 (1985), from which Gonthier J. cites, the Law Reform Commission of Canada in a subsequent report to Parliament (*Recodifying Criminal Law*, Report 31 (1987)), noted its view of the desirability of using the criminal law to underline the value of respect for the environment itself. It stated, at p. 93:

... in Working Paper 44 we proposed a new and distinct crime against the environment on the ground that certain behaviour so threatens fundamental values as to warrant criminal sanctions. That crime was to consist of conduct damaging the environment and thereby seriously harming or endangering human life or health.

Since then, however, we revised our opinion. First, we concluded that since environmental damage harming or endangering life and safety is covered by crimes of negligence against the person and by the newly proposed crime of endangering (clause 10(1)), there was no need for an environmental crime like that proposed.

ment d'un ensemble traditionnel et bien établi de droits et de valeurs déjà protégés par le droit pénal, son existence et ses modalités soient facilement perceptibles. Parmi les nouvelles composantes de cette valeur fondamentale, on peut sans doute compter la *qualité de la vie* et la *responsabilité* de l'être humain envers l'environnement naturel. D'autre part, les valeurs plus traditionnelles ont simplement évolué et pris une certaine ampleur pour embrasser l'environnement à titre de sujet d'intérêt et de préoccupation en soi. Font partie des valeurs fondamentales qui soutiennent les objets et les mécanismes de protection du droit pénal, *le caractère sacré de la vie*, *l'inviolabilité et l'intégrité de la personne* et la *protection de la vie et de la santé humaines*. L'on s'entend de plus en plus pour dire que la pollution de l'environnement, sous certaines formes et à certains degrés, peut, directement ou indirectement, à court ou à long terme, être gravement dommageable ou dangereuse pour la vie et la santé humaines.

Non seulement la protection de l'environnement est-elle devenue une valeur fondamentale au sein de la société canadienne, mais ce fait est maintenant reconnu dans des dispositions législatives telles que l'al. 13(1)a) LPE. [En italique dans l'original; je souligne.]

Il est à noter que, à la suite du document de travail 44 (1985), dont le juge Gonthier cite un passage, la Commission de réforme du droit du Canada a, dans un rapport ultérieur au Parlement (*Pour une nouvelle codification du droit pénal*, rapport 31 (1987)), fait part de son opinion qu'il était souhaitable de mettre en relief par le droit criminel l'importance du respect de l'environnement lui-même. Elle affirme, aux pp. 105 et 106:

Dans le document de travail n° 44 [...], nous proposons [...] l'instauration d'un nouveau crime portant spécifiquement sur les atteintes à l'environnement parce que certains actes menacent à ce point les valeurs fondamentales qu'ils justifient le recours au droit pénal. Plus précisément, le crime était défini comme une conduite dommageable pour l'environnement et, de ce fait, gravement dommageable ou dangereuse pour la vie ou la santé humaines.

Nous avons toutefois changé d'avis depuis. En premier lieu, nous en sommes venus à la conclusion qu'il était inutile de créer une infraction contre l'environnement telle que nous l'avions proposée parce que le dommage écologique gravement dommageable ou dangereux pour la vie et la sécurité est réprimé par les crimes

Second, our consultations on Working Paper 44 together with a series of environmental disasters since its publication convinced the majority of the Commissioners of the need to use criminal law to underline the value of respect for the environment itself and stigmatize behaviour causing disastrous damage with long-term loss of natural resources. [Emphasis added.]

This is, of course, in line with the thinking of various international organisms. The World Commission on Environment and Development (the Brundtland Commission) in its report *Our Common Future* (1987) (see at pp. 219-20, and pp. 224-25) long ago recommended the adoption of appropriate legislation to protect the environment against toxic and chemical substances, including the creation of national standards that could be supplemented by local legislation. At p. 211, it stated:

It is becoming increasingly clear that the sources and causes of pollution are far more diffuse, complex, and interrelated — and the effects of pollution more widespread, cumulative, and chronic — than hitherto believed. Pollution problems that were once local are now regional or even global in scale. Contamination of soils, ground-water, and people by agrochemicals is widening and chemical pollution has spread to every corner of the planet. The incidence of major accidents involving toxic chemicals has grown. Discoveries of hazardous waste disposal sites — at Love Canal in the United States, for example, and at Lekkerkek in the Netherlands, Vac in Hungary, and Georgswerder in the Federal Republic of Germany — have drawn attention to another serious problem.

In the light of this and the growth trends projected through the next century, it is evident that measures to reduce, control, and prevent industrial pollution will need to be greatly strengthened. If they are not, pollution damage to human health could become intolerable

de négligence contre la personne et par le nouveau crime de mise en danger (paragraphe 10(1)). En second lieu, les consultations tenues au sujet du document de travail n° 44 et la série de catastrophes écologiques qui ont eu lieu dans les années qui ont suivi la publication du document ont convaincu la majorité des commissaires de la nécessité de mettre en relief par le droit pénal l'importance du respect de l'environnement lui-même et de stigmatiser les conduites qui provoquent des dommages écologiques d'ampleur catastrophique amenant à long terme une perte des ressources naturelles. [Je souligne.]

Naturellement, cela est conforme à la pensée de divers organismes internationaux. Dans son rapport intitulé *Notre avenir à tous* (1988) (voir aux pp. 261 et 262 et aux pp. 267 et 268), la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (la commission Brundtland) a recommandé, depuis longtemps, l'adoption de lois appropriées pour protéger l'environnement contre les substances toxiques et chimiques, y compris l'établissement de normes nationales qui pourraient être complétées par des mesures législatives locales. Aux pages 251 et 252, elle affirme:

Il devient de plus en plus évident que les sources et causes de pollution sont beaucoup plus diffuses, complexes et reliées — et les effets de la pollution plus répandus, plus cumulatifs et plus chroniques — qu'on ne le croyait précédemment. Les problèmes de pollution qui avaient naguère un caractère local se posent maintenant à l'échelle régionale, voire même mondiale. La contamination des sols, des eaux souterraines et des êtres humains par des produits agrochimiques, s'élargit et la pollution chimique s'est étendue aux quatre coins de la planète. Les incidences de grands accidents impliquant des produits chimiques toxiques se sont aggravées. Les découvertes de décharges de déchets dangereux — à Love Canal aux États-Unis, par exemple, ainsi qu'à Lekkerkek aux Pays-Bas, à Vac en Hongrie et à Georgswerder en République fédérale d'Allemagne — a appelé l'attention sur un autre grave problème.

Compte tenu de ce qui précède et des projections estimées de la croissance pour le siècle prochain, il est manifeste qu'il faudra renforcer considérablement les mesures visant à réduire, à maîtriser et à prévenir la pollution industrielle. Autrement les dommages causés à la

in certain cities and threats to property and ecosystems will continue to grow.

Later, at pp. 219-20, it added:

In dealing with industrial pollution and resource degradation, it is essential that industry, government, and the public have clear benchmarks. Where the workforce and financial resources permit, national governments should establish clear environmental goals and enforce environmental laws, regulations, incentives, and standards on industrial enterprises. In formulating such policies, they should give priority to public health problems associated with industrial pollution and hazardous wastes. And they must improve their environmental statistics and data base relating to industrial activities.

The regulations and standards should govern such matters as air and water pollution, waste management, occupational health and safety of workers, energy and resource efficiency of products or processes, and the manufacture, marketing, use, transport, and disposal of toxic substances. This should normally be done at the national level, with local governments being empowered to exceed, but not to lower, national norms. [Emphasis added.]

See also United Nations Environment Programme, *Global Environmental Issues* (1982), at pp. 55-60.

127

What the foregoing underlines is what I referred to at the outset, that the protection of the environment is a major challenge of our time. It is an international problem, one that requires action by governments at all levels. And, as is stated in the preamble to the Act under review, "Canada must be able to fulfil its international obligations in respect of the environment". I am confident that Canada can fulfil its international obligations, in so far as the toxic substances sought to be prohibited from entering into the environment under the Act are concerned, by use of the criminal law power. The purpose of the criminal law is to underline and protect our fundamental values. While many environmental issues could be criminally sanctioned in

santé par la pollution pourraient devenir intolérables dans certaines villes et les menaces aux biens et aux écosystèmes continueraient de s'amplifier.

Plus loin, aux pp. 261 et 262, elle ajoute:

Pour faire face à la pollution industrielle et à la dégradation des ressources, il est essentiel que l'industrie, les gouvernements et l'opinion publique disposent de critères bien définis. Lorsque les ressources humaines et financières le permettent, les gouvernements nationaux devraient définir clairement les objectifs en matière d'environnement et obliger les entreprises industrielles à mettre en application les lois, les règlements, les mesures incitatives et les normes dans ce domaine. En élaborant ces politiques, ils devraient donner la priorité aux problèmes d'ordre sanitaire liés à la pollution industrielle et aux déchets dangereux. Et ils devraient améliorer, du point de vue de l'environnement, leurs statistiques et leurs fonds de données se rapportant à des activités industrielles.

Les règlements et les normes devraient régir des aspects tels que la pollution de l'air et de l'eau, la gestion des déchets, l'hygiène industrielle et la sécurité des travailleurs, l'efficacité des produits ou des processus du point de vue de la consommation d'énergie et de ressources, ainsi que la fabrication, la commercialisation, l'utilisation, le transport et l'élimination des substances toxiques. Cela devrait normalement se faire à l'échelon national, les autorités locales étant habilitées à renforcer, mais non pas à libéraliser, les normes nationales. [Je souligne.]

Voir également le Programme des Nations Unies sur l'environnement, intitulé *Global Environmental Issues* (1982), aux pp. 55 à 60.

Les passages précédents viennent souligner ce que j'ai mentionné au début, c'est-à-dire que la protection de l'environnement est un défi majeur de notre époque. C'est un problème international qui exige une action des gouvernements de tous les niveaux. Et, comme il est déclaré dans le préambule de la Loi visée par le présent examen, «le Canada se doit d'être en mesure de respecter ses obligations internationales en matière d'environnement». Je suis persuadé que le Canada peut, en recourant à la compétence en matière de droit criminel, respecter ses obligations internationales en ce qui concerne les substances toxiques dont la Loi cherche à interdire le rejet dans l'environnement. Le droit criminel a pour objectif de mettre en relief

terms of protection of human life or health, I cannot accept that the criminal law is limited to that because "certain forms and degrees of environmental pollution can directly or indirectly, sooner or later, seriously harm or endanger human life and human health", as the paper approvingly cited by Gonthier J. in *Ontario v. Canadian Pacific*, *supra*, observes. But the stage at which this may be discovered is not easy to discern, and I agree with that paper that the stewardship of the environment is a fundamental value of our society and that Parliament may use its criminal law power to underline that value. The criminal law must be able to keep pace with and protect our emerging values.

In saying that Parliament may use its criminal law power in the interest of protecting the environment or preventing pollution, there again appears to have been confusion during the argument between the approach to the national concern doctrine and the criminal law power. The national concern doctrine operates by assigning full power to regulate an area to Parliament. Criminal law does not work that way. Rather it seeks by discrete prohibitions to prevent evils falling within a broad purpose, such as, for example, the protection of health. In the criminal law area, reference to such broad policy objectives is simply a means of ensuring that the prohibition is legitimately aimed at some public evil Parliament wishes to suppress and so is not a colourable attempt to deal with a matter falling exclusively within an area of provincial legislative jurisdiction.

The legitimate use of the criminal law I have just described in no way constitutes an encroachment on provincial legislative power, though it may affect matters falling within the latter's ambit.

et de protéger nos valeurs fondamentales. Bien que des sanctions pénales puissent être attachées à beaucoup de questions relatives à l'environnement en ce qui concerne la protection de la vie ou de la santé humaine, je ne puis accepter que le droit criminel se limite à cela parce que «la pollution de l'environnement, sous certaines formes et à certains degrés, peut, directement ou indirectement, à court ou à long terme, être gravement dommageable ou dangereuse pour la vie et la santé humaines», comme on le fait remarquer dans le document que le juge Gonthier cite et approuve dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique*, précité. Mais le stade auquel cela peut être découvert n'est pas facile à identifier, et je suis d'accord avec le document pour dire que la responsabilité de l'être humain envers l'environnement est une valeur fondamentale de notre société, et que le Parlement peut recourir à sa compétence en matière de droit criminel pour mettre cette valeur en relief. Le droit criminel doit pouvoir s'adapter à nos nouvelles valeurs et les protéger.

Lorsqu'on a dit que le Parlement peut recourir à sa compétence en matière de droit criminel dans le but de protéger l'environnement ou de prévenir la pollution, il semble de nouveau y avoir eu de la confusion, durant les plaidoiries, entre la façon d'aborder la théorie de l'intérêt national et la compétence en matière de droit criminel. La théorie de l'intérêt national a pour effet d'attribuer au Parlement le plein pouvoir de réglementer un domaine. Le droit criminel ne fonctionne pas ainsi. Il cherche plutôt, au moyen d'interdictions distinctes, à prévenir des maux relevant d'un objectif général, comme, par exemple, la protection de la santé. Dans le domaine du droit criminel, le renvoi à des objectifs de principe généraux n'est qu'un moyen d'assurer que l'interdiction vise légitimement un certain mal public que le Parlement veut supprimer et ne constitue pas une tentative déguisée de traiter une matière relevant exclusivement d'un domaine de compétence législative provinciale.

Le recours légitime au droit criminel, que je viens de décrire, ne constitue nullement un empiètement sur la compétence législative provinciale, bien qu'il puisse toucher à des matières qui en

This is made clear from the following passage from *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (B.C.C.A.), at pp. 506-7, cited with approval in *RJR-MacDonald*, *supra*, pp. 254-55:

... if the Federal Parliament, to protect the public health against actual or threatened danger, places restrictions on, and limits the number of preservatives that may be used, it may do so under s. 91(27) of the B.N.A. Act. This is not in essence an interference with property and civil rights. That may follow as an incident but the real purpose (not colourable and not merely to aid what in substance is an encroachment) is to prevent actual, or threatened injury or the likelihood of injury of the most serious kind to all inhabitants of the Dominion.

. . .

The primary object of this legislation is the public safety — protecting it from threatened injury. If that is its main purpose — and not a mere pretence for the invasion of civil rights — it is none the less valid. . . .

I shall have more to say about this later.

130

I conclude that Parliament may validly enact prohibitions under its criminal law power against specific acts for the purpose of preventing pollution or, to put it in other terms, causing the entry into the environment of certain toxic substances. I quite understand that a particular prohibition could be so broad or all-encompassing as to be found to be, in pith and substance, really aimed at regulating an area falling within the provincial domain and not exclusively at protecting the environment. A sweeping prohibition like this (and this would be equally true of one aimed generally at the protection of health) would, in any case, probably be unworkable. But the attack here ultimately is that the impugned provisions grant such a broad discretion to the Governor in Council as to permit orders that go beyond federal power. I can imagine very nice issues being raised concerning this matter under certain types of legislation, though in such a case one would tend to interpret the legislation narrowly if only to keep it within constitutional bounds. But one need not go so far here. For, it

relèvent. Cela ressort clairement du passage suivant de l'arrêt *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (C.A.C.-B.), aux pp. 506 et 507, cité et approuvé dans *RJR-MacDonald*, précité, aux pp. 254 et 255:

[TRADUCTION] . . . si le Parlement fédéral, pour protéger la santé publique contre un danger réel ou appréhendé, apporte des restrictions aux agents de conservation qui peuvent être utilisés et en limite le nombre, il peut le faire en vertu du par. 91(27) de l'A.A.N.B. Ce n'est pas par essence une intrusion dans la propriété et les droits civils. Cela peut en découler accessoirement mais le vrai but (qui n'est pas déguisé, ni seulement un appui à ce qui est en substance un empiétement) est de prévenir un dommage réel ou appréhendé ou la probabilité d'un dommage de la plus grande gravité pour tous les habitants du Dominion.

. . .

L'objet premier de cette loi est la sécurité du public, en protégeant celui-ci contre un dommage appréhendé. Si c'est là son but principal — et non un simple prétexte pour s'ingérer dans le domaine des droits civils — sa validité n'est pas amoindrie . . .

J'aurai quelque chose à ajouter à ce sujet plus loin.

Je conclus que le Parlement peut, en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, édicter valablement des interdictions relatives à des actes précis en vue de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l'environnement. Je comprends très bien qu'une interdiction particulière pourrait être générale ou globale au point d'être considérée, de par son caractère véritable, comme visant réellement à réglementer un domaine relevant des provinces et non pas exclusivement à protéger l'environnement. Une interdiction absolue comme celle-là (et ce serait également le cas de toute interdiction visant généralement à protéger la santé) serait de toute façon probablement impossible à appliquer. Mais, en l'espèce, on s'attaque en fin de compte au fait que les dispositions contestées accordent au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire si vaste qu'il permet de rendre des ordonnances qui excèdent la compétence fédérale. J'imagine que certains types de mesures législatives peuvent soulever de très belles questions à ce sujet, même si,

seems to me, as we shall see, when one carefully peruses the legislation, it becomes clear enough that Parliament has stayed well within its power.

Though I shall deal with this issue in more detail once I come to consider the legislation, it is well at this point to recall that the use of the federal criminal law power in no way precludes the provinces from exercising their extensive powers under s. 92 to regulate and control the pollution of the environment either independently or to supplement federal action. The situation is really no different from the situation regarding the protection of health where Parliament has for long exercised extensive control over such matters as food and drugs by prohibitions grounded in the criminal law power. This has not prevented the provinces from extensively regulating and prohibiting many activities relating to health. The two levels of government frequently work together to meet common concerns. The cooperative measures relating to the use of tobacco are fully related in *RJR-MacDonald*, *supra*. Nor, though it arises under a different technical basis, is the situation, in substance, different as regards federal prohibitions against polluting water for the purposes of protecting the fisheries. Here again there is a wide measure of cooperation between the federal and provincial authorities to effect common or complementary ends. It is also the case in many other areas. The fear that the legislation impugned here would distort the federal-provincial balance seems to me to be overstated.

One last matter requires comment. The specific provision impugned in this case, the Interim Order, would seem to me to be justified as a criminal prohibition for the protection of human life and health alone (a purpose upheld most recently in *RJR-MacDonald*). That would also at first sight appear

dans un tel cas, on avait tendance à interpréter strictement le texte législatif en cause ne serait-ce que pour le garder dans les limites fixées par la Constitution. Mais il n'est pas nécessaire d'aller aussi loin en l'espèce, car, me semble-t-il, comme nous le verrons, lorsqu'on lit attentivement la Loi, il devient assez évident que le Parlement a bel et bien agi conformément à sa compétence.

Même si je traiterai cette question plus en détail une fois que j'en serai venu à examiner la Loi, il convient à ce moment-ci de se rappeler que le recours à la compétence fédérale en matière de droit criminel n'empêche nullement les provinces d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère l'art. 92 pour régler et limiter la pollution de l'environnement de façon indépendante ou pour compléter les mesures fédérales. La situation ne diffère vraiment pas de celle qui a trait à la protection de la santé, dans laquelle le Parlement exerce depuis longtemps un vaste contrôle sur des matières comme les aliments et drogues au moyen d'interdictions fondées sur la compétence en matière de droit criminel. Cela n'a pas empêché les provinces de régler et d'interdire largement beaucoup d'activités relatives à la santé. Les deux niveaux de gouvernement travaillent souvent ensemble pour satisfaire des intérêts communs. Les mesures de coopération concernant l'usage du tabac sont relatées intégralement dans *RJR-MacDonald*, précité. Bien qu'elle ait un fondement technique différent, la situation n'est pas non plus différente, pour l'essentiel, dans le cas des interdictions fédérales de pollution de l'eau qui visent à protéger les pêches. Ici encore, il y a une vaste mesure de coopération entre les autorités fédérales et provinciales pour réaliser des fins communes ou complémentaires. C'est également le cas dans de nombreux autres domaines. La crainte que la loi contestée en l'espèce perturbe l'équilibre fédéral-provincial me semble exagérée.

Un dernier point nécessite des remarques. La mesure même qui est contestée en l'espèce, l'arrêté d'urgence, me semblerait justifiée en tant qu'interdiction criminelle visant à protéger la vie et la santé humaines seulement (un objectif dont la validité a été confirmée tout récemment dans *RJR-*

to be true of many of the prohibited uses of the substances in the List of Toxic Substances in Schedule I. So if the protection of the environment does not amount to a valid public purpose to justify criminal sanctions, it would be simply a question of severing those portions of s. 11 of the Act that deal solely with the environment to ensure the validity of the Interim Order and the rest of the enabling provisions. After all, the protection of the environment, as we earlier saw, is closely integrated, directly or indirectly, with the protection of health. But for my part, I find this exercise wholly unnecessary. The protection of the environment, through prohibitions against toxic substances, seems to me to constitute a wholly legitimate public objective in the exercise of the criminal law power. Humanity's interest in the environment surely extends beyond its own life and health.

The Provisions Respecting Toxic Substances

133

The respondent, the *mis en cause* and their supporting interveners primarily attack ss. 34 and 35 of the Act as constituting an infringement on provincial regulatory powers conferred by the Constitution. This they do by submitting that the power to regulate a substance is so broad as to encroach upon provincial legislative jurisdiction. That is because of what they call the broad "definition" given to toxic substances under s. 11, and particularly para. (a), thereof which, it will be remembered, provides that:

11. For the purposes of this Part, a substance is toxic if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions

(a) having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment;

This, along with the expansive definitions of "substance" and "environment" in s. 3(1), makes it possible, they say, in effect to regulate any substance

MacDonald). De prime abord, cela paraîtrait également être le cas d'un bon nombre des usages interdits des substances inscrites sur la liste des substances toxiques de l'annexe I. Donc, si la protection de l'environnement n'équivaut pas à un objectif public valide pour justifier des sanctions criminelles, il s'agirait simplement de dissocier du reste des dispositions habilitantes les parties de l'art. 11 de la Loi qui traitent seulement de l'environnement, afin de garantir la validité de l'arrêt d'urgence. Après tout, la protection de l'environnement, comme nous l'avons déjà vu, est étroitement assimilée, directement ou indirectement, à la protection de la santé. Mais, quant à moi, je juge cet exercice tout à fait inutile. La protection de l'environnement, au moyen d'interdictions concernant les substances toxiques, me semble constituer un objectif public tout à fait légitime dans l'exercice de la compétence en matière de droit criminel. L'intérêt qu'ont les êtres humains dans l'environnement va sûrement au-delà de leurs propres vie et santé.

Les dispositions concernant les substances toxiques

L'intimée, le *mis en cause* et les intervenants qui les appuient contestent principalement les art. 34 et 35 de la Loi, en faisant valoir qu'ils constituent un empiètement sur les pouvoirs de réglementation conférés aux provinces par la Constitution. Ce faisant, ils soutiennent que le pouvoir de réglementer une substance est vaste au point d'empiéter sur la compétence législative des provinces. Il en est ainsi en raison de ce qu'ils appellent la «définition» large que l'on donne des substances toxiques à l'art. 11 et tout particulièrement à son al. a), qui, rappelons-le, prévoit que:

11. Pour l'application de la présente partie, est toxique toute substance qui pénètre ou peut pénétrer dans l'environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions de nature à:

a) avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l'environnement;

Cette définition, conjuguée aux définitions larges des termes «substance» et «environnement» au par. 3(1), permet en fait, disent-ils, de réglementer

that can in any way prove harmful to the environment.

I cannot agree with this submission. As I see it, the argument focusses too narrowly on a specific provision of the Act and for that matter only on certain aspects of it, and then applies that provision in a manner that I do not think is warranted by a consideration of the provisions of the Act as a whole and in light of its background and purpose. I shall deal with the latter first. Before doing so, however, I shall comment briefly on the concern expressed about the breadth of the phraseology of the Act. As Gonthier J. observed in *Ontario v. Canadian Pacific*, *supra*, this broad wording is unavoidable in environmental protection legislation because of the breadth and complexity of the subject and has to be kept in mind in interpreting the relevant legislation. At para. 43, he stated:

What is clear from this brief review of Canadian pollution prohibitions is that our legislators have preferred to take a broad and general approach, and have avoided an exhaustive codification of every circumstance in which pollution is prohibited. Such an approach is hardly surprising in the field of environmental protection, given that the nature of the environment (its complexity, and the wide range of activities which might cause harm to it) is not conducive to precise codification. Environmental protection legislation has, as a result, been framed in a manner capable of responding to a wide variety of environmentally harmful scenarios, including ones which might not have been foreseen by the drafters of the legislation.

In light of this, he went on to hold that environmental protection legislation should not be approached with the same rigour as statutes dealing with less complex issues in applying the doctrine of vagueness developed under s. 7 of the *Charter*. The effect of requiring greater precision would be to frustrate the legislature in its attempt to protect the public against the dangers flowing from pollution. He thus summarized his view, at para. 58:

In the environmental context, each one of us is vulnerable to the health and property damage caused by pollution. Where the legislature provides protection

toute substance qui peut de quelque façon s'avérer nocive pour l'environnement.

Je ne suis pas d'accord avec cet argument. À mon sens, il porte trop strictement sur une disposition précise de la Loi et, à ce sujet, uniquement sur certains de ses aspects, et applique ensuite cette disposition d'une manière qui, selon moi, n'est pas justifiée selon un examen des dispositions de la Loi dans son ensemble et compte tenu de l'historique et de l'objet de cette loi. Je vais d'abord traiter le dernier point. Avant de ce faire, cependant, je commenterai brièvement la crainte exprimée au sujet du caractère général du libellé de la Loi. Comme le juge Gonthier l'a fait observer dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique*, précité, cette formulation large est inévitable dans une loi sur la protection de l'environnement en raison de l'ampleur et de la complexité du sujet, et il faut en tenir compte en interprétant les dispositions législatives pertinentes. Voici qu'il disait, au par. 43:

Il ressort clairement de cette brève revue des interdictions relatives à la pollution au Canada que nos législateurs ont préféré adopter une démarche générale, évitant ainsi une codification exhaustive de chaque situation entraînant l'interdiction de polluer. Une telle démarche dans le domaine de la protection de l'environnement ne surprend pas, étant donné que la nature de l'environnement (sa complexité et la vaste gamme des activités qui peuvent en causer la dégradation) ne se prête pas à une codification précise. Les lois sur la protection de l'environnement ont donc été rédigées d'une façon qui permette de répondre à une vaste gamme d'atteintes environnementales, y compris celles qui n'ont peut-être même pas été envisagées par leurs rédacteurs.

Compte tenu de cela, il a conclu qu'il n'y a pas lieu d'aborder les lois sur la protection de l'environnement avec la même rigueur que celles qui traitent de questions moins complexes, en appliquant la théorie de l'imprécision établie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. Exiger une plus grande précision aurait pour effet de faire échouer la législature dans sa tentative de protéger le public contre les dangers découlant de la pollution. Il résume ainsi son point de vue, au par. 58:

Dans le contexte environnemental, chacun d'entre nous est menacé par la dégradation de la santé et des biens que cause la pollution. Lorsque le législateur pré-

through regulatory statutes such as the EPA, it is appropriate for courts to take a more deferential approach to the *Charter* review of the offences contained in such statutes.

On this basis, Gonthier J. then turned to an examination of terms similar to those in the Act under review. He was there dealing with a provincial regulatory statute, but the same underlying need to protect the vulnerable and the public generally is inherent in criminal offences of the type in question here. This was recognized by Cory J. in *Wholesale Travel Group Inc.*, *supra*. That case concerned offences under the *Competition Act* (formerly the *Combines Investigation Act*), long held to be constitutionally supportable under Parliament's criminal law power. Cory J. carefully distinguished between the type of offences there in question, which he described as regulatory offences, and "true crimes" such as murder. In a passage, at p. 233, relied upon by Gonthier J. (at para. 57), he had this to say:

The realities and complexities of a modern industrial society coupled with the very real need to protect all of society and particularly its vulnerable members, emphasize the critical importance of regulatory offences in Canada today. Our country simply could not function without extensive regulatory legislation. The protection provided by such measures constitutes a second justification for the differential treatment, for *Charter* purposes, of regulatory and criminal offences.

135 I turn then to the background and purpose of the provisions under review. Part II does not deal with the protection of the environment generally. It deals simply with the control of toxic substances that may be released into the environment under certain restricted circumstances, and does so through a series of prohibitions to which penal sanctions are attached. It replaces the *Environmental Contaminants Act*, first enacted in 1975 (S.C. 1974-75-76, c. 72), which was intended to control substances entering or capable of entering into the environment in a quantity or concentration suffi-

voit des mesures de protection au moyen de lois de nature réglementaire comme la LPE, il convient que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande retenue quand ils examinent les infractions prévues dans ces lois au regard de la *Charte*.

À partir de là, le juge Gonthier est passé à l'examen de termes semblables à ceux utilisés dans la loi en cause dans la présente affaire. Il était alors saisi d'une loi provinciale de nature réglementaire, mais la même nécessité sous-jacente de protéger les personnes vulnérables et le public en général est inhérente aux infractions criminelles du genre en question ici. Le juge Cory a reconnu cela dans l'arrêt *Wholesale Travel Group Inc.*, précité. Cette affaire concernait des infractions à la *Loi sur la concurrence* (auparavant *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*) jugée depuis longtemps constitutionnellement justifiable en vertu de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Le juge Cory a soigneusement établi une distinction entre le genre d'infractions dont il était question dans cette affaire, qu'il a qualifiées d'infractions réglementaires, et des «crimes proprement dits» comme le meurtre. Dans un passage, à la p. 233, sur lequel s'est fondé le juge Gonthier (au par. 57), il affirme ceci:

Les réalités et les complexités d'une société industrielle moderne associées au besoin réel de protéger tous les membres de la société et, en particulier, ceux qui sont vulnérables font ressortir l'importance cruciale des infractions réglementaires au Canada aujourd'hui. Notre pays ne pourrait tout simplement pas fonctionner sans réglementation très étendue. La protection fournie par de telles mesures est une seconde justification du traitement différent des infractions réglementaires et des infractions criminelles aux fins de la *Charte*.

Je passe maintenant à l'historique et à l'objet des dispositions visées par le présent examen. La partie II ne traite pas de la protection de l'environnement en général. Elle traite simplement du contrôle de substances toxiques qui peuvent être rejetées dans l'environnement dans certaines circonstances limitées, et elle le fait au moyen d'une série d'interdictions assorties de sanctions pénales. Elle remplace la *Loi sur les contaminants de l'environnement* adoptée en 1975 (S.C. 1974-75-76, ch. 72), qui visait à contrôler les substances pénétrant ou risquant de pénétrer dans l'environne-

cient to constitute a danger to health or the environment; see s. 4. The continuity of policy is evident from the fact that the toxic substances controlled under the earlier legislation including PCBs were automatically included as Schedule I of the present legislation, entitled "List of Toxic Substances".

The underlying purpose for the enactment of the present Act, so far as toxic substances are concerned, is evident from a series of reports of studies made in the mid-1980s; see Environment Canada, *From Cradle to Grave: A Management Approach to Chemicals* (1986); Environment Canada and Health and Welfare Canada, *Final Report of the Environmental Contaminants Act Amendments Consultative Committee* (1986). What these reveal is that the earlier Act was clearly deficient in identifying substances that could be toxic and that what was really needed was a regime whereby the government could assess material that could be harmful to health and the environment before the substance was already in use.

This comes out more clearly in a document published by Environment Canada in 1987 which outlines the reasons why a new Act dealing with the environment was necessary; see Environment Canada, *The Right to a Healthy Environment: An Overview of the Proposed Environmental Protection Act*. The publication made clear that existing measures had not been adequate and that because of the negligent use of chemical products, the following had resulted: "Chemical residues are everywhere: in our homes, offices and factories; in cities, on farms, in wilderness areas far removed from the sources of contamination" (p. 1). It continued (at p. 1):

The fact that most human beings have detectable levels of synthetic chemicals in their bodies is evidence of our collective carelessness in using them. In his *Report Card* on the environment in 1986, Environment Minister Tom McMillan gave Canada an "F" for its ability to handle toxic substances.

ment en une quantité ou concentration suffisante pour mettre en danger la santé ou l'environnement; voir l'art. 4. La continuité de la politique ressort clairement du fait que les substances toxiques contrôlées en vertu de la loi antérieure, qui comprenaient les BPC, ont été incluses automatiquement à l'annexe I de la loi actuelle, intitulée «Liste des substances toxiques».

L'objet sous-jacent de la loi actuelle, en ce qui concerne les substances toxiques, ressort clairement d'une série de rapports émanant d'études effectuées au milieu des années 80; voir Environnement Canada, *L'intégral système de gestion des produits chimiques* (1986); Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada, *Rapport final du Comité consultatif sur les modifications à la Loi sur les contaminants de l'environnement* (1986). Ces rapports révèlent que la loi antérieure ne suffisait manifestement pas à identifier les substances susceptibles d'être toxiques et qu'il fallait vraiment établir un régime permettant au gouvernement d'évaluer les matières qui pourraient être nocives pour la santé et l'environnement avant qu'elles soient utilisées.

Cela ressort plus clairement d'un document publié par Environnement Canada en 1987, qui expose les raisons pour lesquelles une nouvelle loi sur l'environnement était requise; voir Environnement Canada, *Le droit à un environnement sain: Aperçu du projet de loi sur la protection de l'environnement*. La publication précisait que les mesures existantes n'avaient pas été adéquates et que l'utilisation négligente de produits chimiques avait engendré la situation suivante: «Les résidus de produits chimiques sont partout: dans nos maisons, dans nos bureaux et dans nos usines, dans les villes et sur les fermes, dans les régions sauvages très éloignées des sources de contamination» (p. 1). On ajoutait (à la p. 1):

Le fait qu'on puisse déceler, chez la plupart des humains, la présence de produits chimiques synthétiques constitue une preuve évidente de l'insouciance avec laquelle nous utilisons ces produits. Dans le *Bulletin d'évaluation* sur l'état de l'environnement en 1986, le ministre de l'Environnement, Tom McMillan, accordait au Canada la note (F) pour la compétence dont nous faisons preuve dans la gestion des substances toxiques.

136

137

138 There was no intention that the Act should bar the use, importation or manufacture of all chemical products, but rather that it should affect only those substances that are dangerous to the environment, and then only if they are not regulated by law. The report recognized that “[a] great deal of our industrial strength and economic progress is based upon the use of chemicals” (p. 2), and that only a fraction of these were “believed to be hazardous but few have been assessed to make sure” (p. 2).

139 The manner of assessment traditionally employed — related as it was to the concern for “pollution that could be seen, touched, smelled or tasted” and “cleaning up a mess after it occurred” (p. 3) — was no longer adequate. As the report put it (at p. 3):

Toxic chemical contamination cannot be handled in this way. Ordinary sense perception cannot identify chemical contamination because it is usually invisible until the damage, sometimes irreparable damage, has been done. Since chemical pollution exists at the molecular level, it cannot usually be treated, contained or recovered from the environment. And since its effects are pervasive and long term, rather than local or immediate, quick-fix measures are not practical. [Emphasis added.]

140 Not surprisingly, the report emphasized the need to improve the procedures for assessing whether chemical substances were hazardous; see e.g. pp. 10-11. The Act would operate through the listing of chemicals, including “a schedule of dangerous chemicals which are subject to regulation under the [Act]” (p. 15).

141 The impugned Act appears to me to respond closely to these objectives. The subject of toxic substances is dealt with principally in Part II of the Act. It begins, we saw, with s. 11, which has been described as a “definition” in argument. While the provision has some properties of a definition, to speak of it in this way is misleading and does not do full justice to its purpose and function. It should be observed that it does not purport to define a

La Loi visait non pas à interdire l’utilisation, l’importation ou la fabrication de tous les produits chimiques, mais plutôt à ne toucher que les substances qui sont dangereuses pour l’environnement, et seulement si elles ne sont pas réglementées par la loi. Le rapport reconnaissait qu’«[u]ne large part de notre puissance industrielle et de notre croissance économique est fondée sur l’utilisation de substances chimiques» (p. 2) et que seulement une fraction d’entre elles étaient «considérées comme dangereuses, mais très peu de celles-ci ont fait l’objet de tests permettant de s’en assurer» (p. 2).

La méthode d’évaluation traditionnelle — axée sur la crainte de «pollution apparente, de celle que l’on peut voir à l’œil nu, toucher, sentir, goûter», et sur le «nettoyage des dégâts, après coup» (pp. 3 et 4) — ne convenait plus. Comme l’explique le rapport (à la p. 4):

La lutte contre la contamination par les substances toxiques ne peut se faire de cette manière. La perception habituelle par les sens ne permet pas de constater cette contamination parce qu’elle reste invisible jusqu’au moment où les dommages, quelquefois irréversibles, sont un fait accompli. Vu que la pollution chimique existe à l’état moléculaire, il n’est pas possible de la traiter dans l’environnement, de la circonscrire ou de l’éliminer. Et vu également que ses effets sont diffus et durables, plutôt que circonscrits et immédiats, des mesures ponctuelles sont impraticables. [Je souligne.]

Comme on pouvait s’y attendre, le rapport insistait sur la nécessité d’améliorer les procédures servant à établir si les substances chimiques étaient dangereuses; voir, par exemple, aux pp. 10 et 11. La Loi dresserait une liste de produits chimiques, dont «une liste des substances chimiques dangereuses visées par les règlements de la [Loi]» (p. 18).

La loi contestée me semble satisfaire exactement à ces objectifs. Le sujet des substances toxiques est traité principalement à la partie II de la Loi. Elle commence, nous l’avons vu, par l’art. 11 qui a été qualifié de «définition» pendant les plaidoiries. Bien que cette disposition présente certaines caractéristiques d’une définition, la qualifier ainsi est trompeur et ne rend pas pleinement justice à son objet et à sa fonction. Il y a lieu de souligner

“toxic substance” in the manner in which s. 3 defines various concepts, e.g. “air contaminant”, “air pollution”, etc. which describes with finality what the defined concept means. Rather, it sets forth that a substance can only be toxic, for the purposes of Part II, if it is entering or may enter the environment in a quantity or concentration or under conditions that result in the detrimental effects on the environment, human life and human health described in paras. (a) to (c). In other words, one cannot look at a phrase like “having or that may have an immediate or long-term harmful effect on the environment” in a manner divorced from the term “toxic” (i.e. “poisonous”; see the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989)). As well, the provision underlines that toxic as used in the Act includes substances that are not *per se*, toxic, but that may, when released into the environment in a certain quantity, concentration or condition, become toxic. Lead, for example, which appears in Schedule I, entitled “List of Toxic Substances”, is not *per se* toxic but it can be so when it enters the environment in the course of its use. (This approach is strongly fortified by the nature of Schedule I, which I shall examine later.) The phrase, in other words, describes the nature of toxicity in respect of which substances are to be tested or assessed.

I add that the determination of whether the various components of s. 11 are satisfied in respect of particular substances is by no means an easy task. Whether substances enter or may enter the environment in a quantity, concentration or conditions sufficient to have the effects set forth in that provision are not matters that are generally known. Rather these are matters that must be ascertained by assessments or tests set forth in s. 15, and in accordance with a procedure that requires consultation with the provinces, the informed community and the general public with a view to determining whether certain substances “are toxic or capable of becoming toxic”, to use the expression employed in the provisions of Part II dealing with testing,

qu’elle n’a pas pour objet de définir une «substance toxique» de la façon dont l’art. 3 définit diverses notions, notamment «polluant atmosphérique» ou «polluant», «pollution atmosphérique», etc., article qui décrit de façon péremptoire le sens de la notion définie. Elle prévoit plutôt qu’une substance ne peut être toxique, pour l’application de la partie II, que si elle pénètre ou peut pénétrer dans l’environnement en une quantité ou une concentration ou dans des conditions qui ont un effet nocif sur l’environnement ainsi que sur la vie et la santé humaines, tel que prévu aux al. a) à c). Autrement dit, on ne peut pas considérer un passage comme «avoir, immédiatement ou à long terme, un effet nocif sur l’environnement» séparément du terme «toxique» (c.-à-d. «délétère»; voir *Le Nouveau Petit Robert* (1995)). De plus, la disposition souligne que le mot «toxique» utilisé dans la Loi comprend des substances qui ne sont pas toxiques en soi, mais qui peuvent le devenir lorsqu’elles sont rejetées dans l’environnement en une certaine quantité ou concentration ou dans certaines circonstances. Le plomb, par exemple, qui figure à l’annexe I, intitulée «Liste des substances toxiques» n’est pas toxique en soi, mais il peut le devenir lorsqu’il pénètre dans l’environnement au cours de son utilisation. (Ce point de vue est grandement renforcé par la nature de l’annexe I, que j’examinerai plus loin.) En d’autres termes, le passage en question décrit la nature de la toxicité en fonction de laquelle les substances doivent être analysées ou évaluées.

J’ajoute qu’il n’est nullement facile de déterminer si les divers éléments de l’art. 11 sont respectés relativement à certaines substances. La question de savoir si des substances pénètrent ou peuvent pénétrer dans l’environnement en une quantité ou concentration ou dans des conditions suffisantes pour produire les effets mentionnés à cet article n’est pas un fait notoire. Ce sont plutôt des questions qui doivent être vérifiées au moyen des évaluations ou des tests mentionnés à l’art. 15 et conformément à une procédure qui requiert des consultations avec les provinces, les citoyens avertis et le public en général afin de déterminer si certaines substances «sont effectivement ou potentiellement toxiques», pour reprendre l’expression

beginning with the Ministers' weeding out most substances by establishing a priority list of substances to be tested. I note here that a similar expression is used in s. 2(j), which falls outside Part II, where in describing the administrative duties of the Government under the Act, it is provided that it shall, consistently with the Constitution, act expeditiously in assessing "whether substances in use in Canada are toxic or capable of becoming toxic". It is also evident from the portion of the preamble of the Act earlier cited that the toxic substances intended to be dealt with by the Act are toxic substances in their normal sense that may result in polluting the environment in a significant degree. In light of this, it is difficult to believe "toxic" is not given its ordinary meaning in the Act, and that s. 11 is, therefore, simply a drafting tool for the demarcation of those aspects of toxicity that are to be considered in the tests required in the sections that follow.

utilisée dans les dispositions de la partie II traitant de la vérification, à commencer par l'élimination par les ministres de la plupart des substances au moyen d'une liste des substances d'intérêt prioritaire à vérifier. Je souligne ici qu'une expression similaire est utilisée à l'al. 2j), qui est en dehors de la partie II, où, en décrivant les tâches administratives que la Loi confie au gouvernement, il est prévu que, conformément à la Constitution, ce dernier doit agir avec diligence pour évaluer «si des substances en usage au Canada sont toxiques ou susceptibles de le devenir». Il ressort aussi de la partie du préambule de la Loi, citée plus haut, que les substances toxiques destinées à être visées par la Loi sont les substances toxiques au sens ordinaire qui peuvent polluer sensiblement l'environnement. Compte tenu de cela, il est difficile de croire qu'on ne donne pas au mot «toxique» son sens ordinaire dans la Loi et que l'art. 11 n'est donc qu'un moyen rédactionnel de délimiter les aspects de la toxicité qu'il faut prendre en considération dans les vérifications requises dans les articles suivants.

143

What the assessments described in Part II are aimed at is the selection of new items to add to the List of Toxic Substances set forth in Schedule I. Thus s. 11 is the first of a series of provisions respecting testing or assessment for toxicity. The first step in the process of assessment is s. 12, which requires the Ministers to compile a Priority Substances List in respect of substances to which the Ministers are satisfied priority should be given in assessing whether they are toxic or capable of becoming toxic; this list and any amendments to it are published in the *Canada Gazette*, and the provinces and other interested parties are informed (s. 12(2) and (3)). The process of testing is a detailed one and includes informing the provinces and other interested groups and the public at all stages; see, for example, s. 13. In performing their duties, the Ministers are given broad powers to collect data, conduct investigations and correlate and evaluate any data so obtained (see, for example, s. 15). The testing process culminates in a decision of the Ministers to recommend or not to recommend that a substance be added to the List of Toxic Substances in Schedule I of the Act, and, if a

Les évaluations décrites dans la partie II visent la sélection de nouvelles matières à ajouter à la liste des substances toxiques de l'annexe I. Ainsi, l'art. 11 est la première d'une série de dispositions concernant la vérification ou l'évaluation de la toxicité. La première étape du processus d'évaluation est l'art. 12, qui exige des ministres qu'ils établissent une liste de substances d'intérêt prioritaire énumérant les substances pour lesquelles ils jugent prioritaire de déterminer si elles sont effectivement ou potentiellement toxiques; cette liste et ses modifications sont publiées dans la *Gazette du Canada*, et les provinces ainsi que les autres parties intéressées en sont informées (par. 12(2) et (3)). Le processus de vérification est un processus détaillé qui consiste notamment à informer les provinces de même que les autres groupes intéressés et le public à toutes les étapes; voir, par exemple, l'art. 13. Dans l'exercice de leurs fonctions, les ministres sont investis de vastes pouvoirs de recueillir des données, de mener des enquêtes et de corrélérer et analyser les données ainsi obtenues (voir, par exemple, l'art. 15). Le processus de vérification aboutit à une décision des ministres de recomman-

recommendation is made, what regulations should be made in respect of the substance under s. 34.

The recommendation of the Ministers marks the end of the testing phase and the beginning of a new phase in the process, i.e. the regulatory phase. From this point, as the terminology of the Act makes clear, Part II is concerned with substances in the List of Toxic Substances in Schedule I only. This begins with s. 33, under which the Governor in Council may, if satisfied that a substance is toxic, on the recommendation of the Ministers, make an order adding it to the List of Toxic Substances in Schedule I. It is important to underline that what Part II of the Act provides for is a procedure to control toxic substances generally by subjecting the many chemical substances in use in Canada to testing. That is in furtherance of the duty imposed on the Government, by s. 2(j), to make such assessments consistently with the Constitution. If any such substance is found to be toxic, it may be added to the List of Toxic Substances in Schedule I of the Act. Since that list (like s. 2(j)) is outside Part II, one must assume "toxic" here refers to toxic in a real sense, which as I stated earlier buttresses the argument that the description given in s. 11 does the same, since one would think the substances authorized to be added to a statute by the Governor in Council would be of the same general character. I add that Driedger's statement that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" bears repetition here; see E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

More needs to be said about this. When one examines the original Schedule, as it appeared in the statute, it is evident that it comprises a very restricted number of substances, nine, and it is also

der ou non l'ajout d'une substance à la liste des substances toxiques de l'annexe I de la Loi et, en cas de recommandation, à une décision de leur part quant au règlement qui devrait être pris en vertu de l'art. 34 relativement à la substance en cause.

La recommandation des ministres marque la fin de la phase de vérification et le début d'une nouvelle phase du processus, c.-à-d. la phase de réglementation. Dès lors, comme il ressort nettement de la terminologie de la Loi, la partie II ne porte que sur les substances inscrites sur la liste des substances toxiques de l'annexe I. Cela commence par l'art. 33, en vertu duquel le gouverneur en conseil peut, s'il est convaincu qu'une substance est toxique, sur recommandation des ministres, prendre un arrêté ajoutant une substance à la liste des substances toxiques de l'annexe I. Il est important de souligner que ce que prescrit la partie II de la Loi, c'est une procédure de contrôle des substances toxiques en général au moyen de la vérification des nombreuses substances chimiques en usage au Canada. Il est conforme à l'obligation imposée au gouvernement, par l'al. 2j), de faire ces évaluations en accord avec la Constitution. Si une telle substance est jugée toxique, elle peut être ajoutée à la liste des substances toxiques de l'annexe I de la Loi. Vu que cette liste (comme l'al. 2j) est en dehors de la partie II, il faut présumer que le mot «toxique» signifie ici toxique au sens réel, ce qui, ainsi que je l'ai affirmé antérieurement, vient étayer l'argument selon lequel la description figurant à l'art. 11 fait la même chose, puisqu'on penserait que les substances que le gouverneur en conseil permettrait d'ajouter à une loi auraient le même caractère général. J'ajoute ici qu'il convient de répéter l'assertion de Driedger selon laquelle [TRADUCTION] «il faut interpréter les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur»; voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87.

Il est nécessaire d'en dire plus sur ce point. Lorsqu'on examine l'annexe initiale, telle qu'elle apparaissait dans la Loi, il est évident qu'elle comprend un nombre très limité de substances, soit

apparent that they set forth asbestos, lead and mercury, substances that even to the uninitiated are well known to be toxic in certain circumstances when they enter into the environment. As well, as I noted earlier, the items in the statute were taken from previous legislation, notably the *Environmental Contaminants Act*, under which they were selected because the Ministers believed “on reasonable grounds” that they “constitute or will constitute a significant danger to human health or the environment” (s. 7(2)). I have earlier referred more generally to the continuation of policy when the new legislation was enacted, and noted that the change particularly aimed at by the new legislation was the strengthening of the method of controlling toxic substances by improving the means for identifying them. For all these reasons, I conclude that when the Governor in Council makes an order adding to the List of Toxic Substances in Schedule I, it involves a determination that the substances added are of a kind akin to those already listed in Schedule I.

¹⁴⁶ In summary, as I see it, the broad purpose and effect of Part II is to provide a procedure for assessing whether out of the many substances that may conceivably fall within the ambit of s. 11, some should be added to the List of Toxic Substances in Schedule I and, when an order to this effect is made, whether to prohibit the use of the substance so added in the manner provided in the regulations made under s. 34(1) subject to a penalty. These listed substances, toxic in the ordinary sense, are those whose use in a manner contrary to the regulations the Act ultimately prohibits. This is a limited prohibition applicable to a restricted number of substances. The prohibition is enforced by a penal sanction and is undergirded by a valid criminal objective, and so is valid criminal legislation.

¹⁴⁷ This, in my mind, is consistent with the terms of the statute, its purpose, and indeed common sense. It is precisely what one would expect of an environmental statute — a procedure to weed out from

neuf, et il appert également qu'elle inclut l'amiante, le plomb et le mercure, des substances dont, même le profane, reconnaît la toxicité dans certaines circonstances lorsqu'elles pénètrent dans l'environnement. De même, comme je l'ai déjà noté, les substances énumérées dans la Loi sont tirées de la législation antérieure, notamment la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, en vertu de laquelle elles ont été sélectionnées parce que les ministres avaient des «motifs raisonnables» de croire qu'elles «constituent un risque important pour la santé ou l'environnement» (par. 7(2)). Je me suis déjà reporté plus généralement à la continuation d'une politique lorsque la nouvelle loi a été adoptée et j'ai fait remarquer que le changement visé particulièrement par cette nouvelle loi était le renforcement de la méthode de contrôle des substances toxiques par l'amélioration des moyens de les identifier. Pour toutes ces raisons, je conclus que, lorsque le gouverneur en conseil prend un arrêté qui ajoute une substance à la liste des substances toxiques de l'annexe I, cela implique une décision que la substance ajoutée s'apparente à celles qui figurent déjà sur la liste de l'annexe I.

En résumé, j'estime que la partie II a généralement pour objet et pour effet de prescrire une procédure permettant d'évaluer si, parmi les nombreuses substances qui peuvent, en théorie, être visées par l'art. 11, certaines devraient être ajoutées à la liste des substances de l'annexe I, et de déterminer, lorsqu'on prend un arrêté en ce sens, s'il y a lieu d'interdire, sous peine de sanction, l'utilisation de la substance ainsi ajoutée de la manière prévue dans le règlement pris en vertu du par. 34(1). Ces substances inscrites sur la liste, toxiques au sens ordinaire du terme, sont celles que la Loi interdit, en fin de compte, d'utiliser d'une manière contraire au règlement. C'est une interdiction limitée qui s'applique à un nombre limité de substances. L'interdiction est assortie d'une peine en cas de non-respect et s'appuie sur un objectif pénal valide et est donc une mesure législative pénale valide.

À mon sens, cela est conforme aux termes de la Loi, à son objet et, en fait, au bon sens. C'est précisément ce qu'on attendrait d'une loi sur l'environnement — une procédure permettant d'élimi-

the vast number of substances potentially harmful to the environment or human life those only that pose significant risks of that type of harm. Specific targeting of toxic substances based on individual assessment avoids resort to unnecessarily broad prohibitions and their impact on the exercise of provincial powers. Having regard to the particular nature and requirements of effective environmental protection legislation, I do not share my colleagues' concern that the prohibition originates in a regulation, the breach of which gives rise to criminal sanction. The careful targeting of toxic substances is borne out by practice. Counsel for the interveners, Pollution Probe et al., informed us that of the over 21,000 registered substances in commercial use in Canada (see *Domestic Substances List*, SI/91-148, *Canada Gazette, Part I Suppl.*; *Domestic Substances List*, SOR/94-311, am. SOR/95-517), only 44 have been placed on the *Priority Substances List* and scientifically assessed under the Act (*Priority Substances List, Canada Gazette, Part I* (Feb. 11, 1989), p. 543). Of these, only 25 were found to be toxic within the meaning of s. 11 (*It's About Our Health!: Towards Pollution Prevention*, Report of the House of Commons Standing Committee on Environment and Sustainable Development, at pp. 63-64), and of these only a few have been the subject of a regulation under s. 34; see *Pulp and Paper Mill Effluent Chlorinated Dioxins and Furans Regulations*, SOR/92-267; *Pulp and Paper Mill Defoamer and Wood Chip Regulations*, SOR/92-268.

I should perhaps note here that it is wholly appropriate to have recourse to extrinsic material of the kind just referred to as well as of the type already referred to in considering the constitutional validity of legislation, especially when one is dealing with colourability, as is the case here. I refer to *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, where McIntyre J.,

ner, parmi le très grand nombre de substances potentiellement nocives pour l'environnement ou la vie humaine, celles qui posent des risques importants de ce genre. Le ciblage précis de substances toxiques fondé sur une évaluation individuelle évite de recourir à des interdictions inutilement larges et à leur incidence sur l'exercice de pouvoirs provinciaux. Compte tenu de la nature et des exigences particulières d'une loi efficace en matière de protection de l'environnement, je ne partage pas la crainte de mes collègues que l'interdiction prenne naissance dans un règlement dont la violation donne lieu à une sanction criminelle. Le ciblage minutieux de substances toxiques est justifié par la pratique. Les avocats des intervenants Pollution Probe et autres nous ont informés que, sur plus de 21 000 substances enregistrées et utilisées de façon commerciale au Canada (voir *Liste intérieure des substances*, TR/91-148, *Gazette du Canada, partie I suppl.*; *Liste intérieure des substances*, DORS/94-311, mod. DORS/95-517), seulement 44 ont été inscrites sur la *Liste des substances d'intérêt prioritaire* et évaluées scientifiquement en vertu de la Loi (*Liste des substances d'intérêt prioritaire, Gazette du Canada, partie I* (11 février 1989), p. 543). De ce nombre, seulement 25 ont été jugées toxiques au sens de l'art. 11 (*Notre santé en dépend!: Vers la prévention de la pollution*, Rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable, aux pp. 70 et 71), et parmi celles-ci, seules quelques-unes ont fait l'objet d'un règlement pris en vertu de l'art. 34; voir le *Règlement sur les dioxines et les furannes chlorés dans les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-267; le *Règlement sur les additifs antimousse et les copeaux de bois utilisés dans les fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-268.

Je devrais peut-être souligner ici qu'il convient parfaitement d'avoir recours à des documents extrinsèques du genre de ceux que je viens de mentionner et de ceux que j'ai déjà mentionné en examinant la constitutionnalité de la Loi, notamment quand il est question de législation déguisée, comme c'est le cas en l'espèce. Je me reporte au *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights*

referring to earlier authorities, had this to say, at p. 318:

I agree with the Court of Appeal in the present case that extrinsic evidence is admissible to show the background against which the legislation was enacted. I also agree that such evidence is not receivable as an aid to construction of the statute. However, I am also of the view that in constitutional cases, particularly where there are allegations of colourability, extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well. This was also the view of Dickson J. in the *Reference re Residential Tenancies Act, 1979*, *supra*, at p. 721. . . . [Emphasis in third sentence added.]

Reversion Act, [1984] 1 R.C.S. 297, dans lequel le juge McIntyre affirme ceci, au sujet de la jurisprudence antérieure, à la p. 318:

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'en l'espèce les éléments de preuve extrinsèques sont recevables pour montrer le contexte dans lequel la législation a été adoptée. Je suis également d'accord que ces éléments de preuve ne sont pas recevables pour aider à interpréter la Loi. Je suis toutefois d'avis que dans les affaires constitutionnelles, notamment lorsqu'il y a allégation de législation déguisée, on peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l'application et l'effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable. C'est également l'avis exprimé par le juge Dickson dans le renvoi *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, précité, à la p. 721 . . . [Je souligne dans la troisième phrase.]

149

I turn now to a more detailed examination of the provisions of the Act impugned in the present case, i.e. ss. 34 and 35. I mentioned earlier that the testing phase provided for under Part II ends with s. 32. Up to that point, Part II deals with the testing of substances that may be toxic when released into the environment as described in s. 11. The remainder of Part II, beginning with s. 33, however, is no longer addressed at substances that may be toxic in that broad sense. Rather it is more narrowly addressed at substances specifically listed in the List of Toxic Substances in Schedule I of the Act. In particular, s. 34 authorizes the Governor in Council to make regulations setting forth the restrictions imposed on those using or dealing with such substances. Failure to comply with any such restriction constitutes an offence and is punishable on summary conviction by a fine not exceeding three hundred thousand dollars or a term of imprisonment not exceeding six months, or both; or, on indictment, by a fine not exceeding one million dollars or a term of imprisonment not exceeding three years, or both (s. 113(f), (o) and (p)).

Je passe maintenant à un examen plus détaillé des dispositions de la loi contestée en l'espèce, c.-à-d. les art. 34 et 35. J'ai mentionné précédemment que la phase de vérification prévue à la partie II se termine à l'art. 32. Jusqu'à ce point, la partie II traite de la vérification de substances qui peuvent être toxiques lorsqu'elles sont rejetées dans l'environnement, tel que décrit à l'art. 11. Cependant, le reste de la partie II, à commencer par l'art. 33, ne vise plus les substances qui peuvent être toxiques dans ce sens large du terme. Il vise plus strictement les substances inscrites précisément sur la liste des substances toxiques de l'annexe I de la Loi. En particulier, l'art. 34 autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements énonçant les restrictions imposées à ceux qui utilisent ou traitent de telles substances. Le défaut de se conformer à l'une de ces restrictions constitue une infraction et est punissable, par procédure sommaire, d'une amende maximale de 300 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de six mois, ou de l'une de ces peines, ou, par mise en accusation, d'une amende maximale d'un million de dollars et d'un emprisonnement maximal de trois ans, ou de l'une de ces peines (al. 113f), (o) et p)).

150

Without attempting to regurgitate the whole of s. 34, I shall simply give some flavour of the nature of the prohibitions created by the regulations made thereunder. Generally, s. 34 includes regulations providing for or imposing require-

Sans tenter de reprendre l'art. 34 au complet, je vais simplement donner un aperçu de la nature des interdictions créées par ses règlements d'application. En général, l'art. 34 comprend des règlements prescrivant ou imposant des exigences concernant

ments respecting the quantity or concentration of a substance listed in Schedule I that may be released into the environment either alone or in combination with others from any source, the places where such substances may be released, the manufacturing or processing activities in the course of which the substance may be released, the manner and conditions of release, and so on. In short, s. 34 precisely defines situations where the use of a substance in the List of Toxic Substances in Schedule I is prohibited, and these prohibitions are made subject to penal consequences. This is similar to the techniques Parliament has employed in providing for and imposing highly detailed requirements and standards in relation to food and drugs, which control their import, sale, manufacturing, labelling, packaging, processing and storing (see *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27). These techniques have, in a number of cases including several in this Court, been upheld as valid criminal law; see *Standard Sausage*, *supra*, esp. at pp. 506-7; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, at p. 289; *RJR-MacDonald*, *supra*. Other statutes providing for extensive control of hazardous products that are justifiable in whole or in part under the criminal law power include the *Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3 (see *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345 (Man. C.A.)), and the *Explosives Act*, R.S.C., 1985, c. E-17.

What Parliament is doing in s. 34 is making provision for carefully tailoring the prohibited action to specified substances used or dealt with in specific circumstances. This type of tailoring is obviously necessary in defining the scope of a criminal prohibition, and is, of course, within Parliament's power. As Laskin C.J. noted in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, at p. 627: "I need cite no authority for the proposition that Parliament may determine what is not criminal as well as what is". More recently, Stevenson J. in *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, at pp. 106-7, speak-

la quantité ou la concentration d'une substance inscrite sur la liste de l'annexe I, qui peut être rejetée dans l'environnement seule ou avec d'autres substances provenant de quelque source que ce soit, les endroits où ces substances peuvent être rejetées, les activités de fabrication ou de traitement au cours desquelles la substance peut être rejetée, la manière et les conditions du rejet, et ainsi de suite. Bref, l'art. 34 définit précisément des situations où l'utilisation d'une substance inscrite sur la liste des substances toxiques de l'annexe I est interdite et où ces interdictions sont assorties de conséquences pénales. Cela ressemble aux techniques que le Parlement a utilisées pour prescrire et imposer des exigences et des normes fort détaillées en matière d'aliments et drogues, qui servent à en contrôler l'importation, la vente, la fabrication, l'étiquetage, l'emballage, le traitement et l'entreposage (voir la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27). Dans un certain nombre d'affaires dont plusieurs instruites par notre Cour, ces techniques ont été maintenues comme constituant du droit criminel valide; voir *Standard Sausage*, précité, particulièrement aux pp. 506 et 507; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, à la p. 289; *RJR-MacDonald*, précité. Parmi d'autres lois prévoyant le contrôle général de produits dangereux, qui peuvent se justifier en totalité ou en partie en vertu de la compétence en matière de droit criminel, il y a la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3 (voir *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 32 C.C.C. (2d) 345 (C.A. Man.)), et la *Loi sur les explosifs*, L.R.C. (1985), ch. E-17.

Ce que fait le Parlement à l'art. 34, c'est créer une disposition qui permette de bien adapter l'action interdite aux substances mentionnées qui sont utilisées ou traitées dans certaines circonstances. Ce genre d'adaptation est manifestement requis pour définir l'étendue d'une interdiction criminelle et relève, naturellement, de la compétence du Parlement. Comme le juge en chef Laskin l'a fait observer dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, à la p. 627: «Je n'ai pas besoin de citer de précédents pour affirmer que le Parlement peut déterminer ce qui n'est pas criminel aussi bien que ce qui l'est». Plus récemment, le juge Stevenson, dans l'arrêt *R. c. Furtney*, [1991] 3

ing of decriminalization of lotteries in certain circumstances, had this to say:

It constitutes a definition of the crime, defining the reach of the offence, a constitutionally permissive exercise of the criminal law power, reducing the area subject to criminal law prohibition where certain conditions exist. I cannot characterize it as an invasion of provincial powers any more than the appellants were themselves able to do.

152

As Stevenson J. notes, this kind of legislation does not constitute an invasion of provincial regulatory power; see also *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368 (P.C.), at pp. 375-6; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49, at pp. 60-61. This is true as well in the case of detailed legislation such as that in question here, as can be seen from the statement of Macdonald J.A. in *Standard Sausage*, cited *supra*, at pp. 506-7 (affirmed in *Wetmore*, *supra*, and specifically relied on in *RJR-MacDonald*, *supra*). This is based on even more fundamental principles. As noted earlier, we are dealing with prohibitions accompanied by penal sanctions, so that we are really not concerned with whether these may incidentally affect property and civil rights but whether the prohibitions are directed at a public evil. The matter was thus put in *RJR-MacDonald*, at pp. 241-42:

These prohibitions are accompanied by penal sanctions under s. 18 of the Act, which, as Lord Atkin noted in *PATA*, *supra*, at p. 324, creates at least a *prima facie* indication that the Act is criminal law. However, the crucial further question is whether the Act also has an underlying criminal public purpose in the sense described by Rand J. in the *Margarine Reference*, *supra*. The question, as Rand J. framed it, is whether the prohibition with penal consequences is directed at an "evil" or injurious effect upon the public.

153

In truth, there is a broad area of concurrency between federal and provincial powers in areas subjected to criminal prohibitions, and the courts

R.C.S. 89, aux pp. 106 et 107, a dit, au sujet de la décriminalisation des loteries dans certaines circonstances:

Elle constitue une définition de l'acte criminel, qui fixe la portée de l'infraction, un exercice constitutionnellement acceptable du pouvoir en matière de droit criminel, qui réduit le champ de l'interdiction du droit criminel lorsqu'il existe certaines conditions. Je ne puis qualifier cela d'empiètement sur les pouvoirs des provinces, pas plus que les appelants n'ont eux-mêmes été en mesure de le faire.

Comme le juge Stevenson le souligne, ce genre de mesure législative ne constitue pas un empiètement sur le pouvoir de réglementation des provinces; voir également les arrêts *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368 (C.P.), aux pp. 375 et 376; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49, aux pp. 60 et 61. C'est aussi vrai dans le cas d'une loi détaillée comme celle dont il est question en l'espèce, comme permet de le constater l'énoncé du juge Macdonald dans l'arrêt *Standard Sausage*, précité, aux pp. 506 et 507 (confirmé dans *Wetmore*, précité, et invoqué expressément dans *RJR-MacDonald*, précité). Cela repose sur des principes encore plus fondamentaux. Comme nous l'avons vu, il est question ici d'interdictions assorties de sanctions pénales, de sorte que ce qui nous intéresse vraiment est de savoir non pas si elles peuvent influencer incidemment sur la propriété et les droits civils, mais si elles visent à remédier à un mal public. La question est exposée ainsi dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, aux pp. 241 et 242:

Ces interdictions sont assorties de sanctions pénales en vertu de l'art. 18 de la Loi, lesquelles, comme le précise lord Atkin dans l'arrêt *PATA*, précité, à la p. 324, créent une indication du moins à première vue que la loi est de droit criminel. Cependant, l'autre question importante est de savoir si la Loi a également un objectif public sous-jacent du droit criminel au sens où le décrit le juge Rand dans le *Renvoi sur la margarine*, précité. Comme le précise le juge Rand, la question est de savoir si l'interdiction assortie de sanctions pénales est dirigée contre un «mal» ou un effet nuisible pour le public.

À vrai dire, c'est un vaste champ de concurrence entre les pouvoirs du gouvernement fédéral et ceux des provinces dans des domaines assujettis à des

have been alert to the need to permit adequate breathing room for the exercise of jurisdiction by both levels of government. Dickson J. put it this way in *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 134:

The interface between criminal law and provincial legislation which might be seen as impinging upon the federal jurisdiction in the field of criminal law has not been closely drawn. As Professor Hogg notes in Chapter 16 of his work, *Constitutional Law of Canada*, the dominant tendency of the case law has been to uphold provincial penal legislation; recent cases have been generous to provincial power, and "The result is that over much of the field which may loosely be thought of as criminal law legislative power is concurrent" (at p. 292).

This type of approach is essential in dealing with amorphous subjects like health and the environment. In my reasons for the minority in *Crown Zellerbach, supra*, (addressing an issue which the majority did not discuss), I had this to say about the matter as it relates to environmental pollution (at p. 455):

... environmental pollution ... is ... all-pervasive. It is a by-product of everything we do. In man's relationship with his environment, waste is unavoidable. The problem is thus not new, although it is only recently that the vast amount of waste products emitted into the atmosphere or dumped in water has begun to exceed the ability of the atmosphere and water to absorb and assimilate it on a global scale. There is thus cause for concern and governments at every level have begun to deal with the many activities giving rise to problems of pollution. In Canada, both federal and provincial levels of government have extensive powers to deal with these matters. Both have enacted comprehensive and specific schemes for the control of pollution and the protection of the environment. Some environmental pollution problems are of more direct concern to the federal government, some to the provincial government. But a vast number are interrelated, and all levels of government actively co-operate to deal with problems of mutual concern; for

interdictions criminelles, et les tribunaux ont été conscients de la nécessité de réserver un espace adéquat pour que les deux niveaux de gouvernement puissent exercer leur compétence. Le juge Dickson s'exprime ainsi dans l'arrêt *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, à la p. 134:

La ligne de démarcation entre le droit criminel et les lois provinciales qui pourraient être considérées comme des empiétements sur la compétence fédérale en matière de droit criminel n'a pas été tracée avec précision. Le professeur Hogg souligne, au chapitre 16 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, que la jurisprudence a tendance à confirmer les lois provinciales de nature pénale; les arrêts récents sont favorables au pouvoir des provinces et [TRADUCTION] «Il s'ensuit qu'une bonne partie du domaine qu'on pourrait plus ou moins considérer comme relevant de la compétence législative en matière de droit criminel est de compétence concurrente» (à la p. 292).

Ce genre d'approche est essentiel pour traiter de sujets vagues comme la santé et l'environnement. Dans les motifs de dissidence que j'ai rédigés dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, précité, (abordant une question que la Cour à la majorité n'avait pas analysée), voici ce que j'ai dit à ce sujet dans le contexte de la pollution de l'environnement (à la p. 455):

... la pollution de l'environnement se fait [...] sentir partout. C'est le sous-produit de tout ce que nous faisons. Dans les rapports qu'a l'être humain avec son environnement, les déchets sont une chose inévitable. Le problème n'est donc pas nouveau, bien que ce ne soit que récemment que la vaste quantité de résidus déversés dans l'atmosphère ou dans l'eau ait commencé à excéder la capacité de l'atmosphère et de l'eau de les absorber et de les assimiler, à l'échelle planétaire. Il y a donc là un sujet de préoccupation et les gouvernements de tous paliers ont commencé à s'intéresser aux nombreuses activités qui causent la pollution. Au Canada, tant le gouvernement fédéral que ceux des provinces jouissent de pouvoirs étendus pour traiter ces problèmes. Les deux paliers de gouvernement ont adopté des programmes globaux et spécifiques de contrôle de la pollution et de protection de l'environnement. Certains problèmes de pollution de l'environnement intéressent plus directement le gouvernement fédéral, d'autres le gouvernement provincial. Mais beaucoup sont intimement liés et tous les paliers de gouvernement coopèrent activement pour régler ces problèmes d'intérêt mutuel; pour un exemple de cela, voir l'étude sur les Grands Lacs

an example of this, see the Great Lakes study in I.J.C. Report, *op. cit.*

I observe that in enacting the legislation in issue here, Parliament was alive to the need for cooperation and coordination between the federal and provincial authorities. This is evident throughout the Act. In particular, under s. 34(2), (5) and (6), Parliament has made it clear that the provisions of this Part are not to apply where a matter is otherwise regulated under other equivalent federal or provincial legislation.

154 In *Crown Zellerbach*, I expressed concern with the possibility of allocating legislative power respecting environmental pollution exclusively to Parliament. I would be equally concerned with an interpretation of the Constitution that effectively allocated to the provinces, under general powers such as property and civil rights, control over the environment in a manner that prevented Parliament from exercising the leadership role expected of it by the international community and its role in protecting the basic values of Canadians regarding the environment through the instrumentality of the criminal law power. Great sensitivity is required in this area since, as Professor Lederman has rightly observed, environmental pollution "is no limited subject or theme, [it] is a sweeping subject or theme virtually all-pervasive in its legislative implications"; see W. R. Lederman, "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 597, at p. 610.

155 Turning then to s. 35, I mentioned that it is ancillary to s. 34. It deals with emergency situations. The provision, it seems to me, indicates even more clearly a criminal purpose, and throws further light on the intention of s. 34 and of the Act generally. It can only be brought into play when the Ministers believe a substance is not specified in the List in Schedule I or is listed but is not subjected to control under s. 34. In such a case, they may make an interim order in respect of the sub-

dans le rapport de la Commission mixte internationale, *op. cit.*

Je remarque que, en adoptant la loi en question dans la présente affaire, le Parlement était conscient du besoin de coopération et de coordination entre les autorités fédérales et provinciales. Cela est manifeste partout dans la Loi. Plus particulièrement, aux par. 34(2), (5) et (6), le Parlement a précisé que les dispositions de cette partie ne doivent pas s'appliquer lorsqu'une matière est, par ailleurs, réglementée en vertu d'une autre loi fédérale ou provinciale équivalente.

Dans l'arrêt *Crown Zellerbach*, j'ai exprimé des craintes au sujet de la possibilité d'accorder exclusivement au Parlement la compétence législative en matière de pollution de l'environnement. Je serais tout aussi craintif si on donnait une interprétation de la Constitution qui accorderait effectivement aux provinces, en vertu de pouvoirs généraux comme ceux relatifs à la propriété et aux droits civils, un contrôle sur l'environnement d'une manière qui empêcherait le Parlement d'exercer le leadership que la communauté internationale attend de lui et son rôle de protecteur des valeurs fondamentales des Canadiens en ce qui concerne l'environnement, au moyen de sa compétence en matière de droit criminel. Il faut faire preuve d'une grande perspicacité dans ce domaine car, comme le professeur Lederman l'a fait observer à juste titre, la pollution de l'environnement [TRADUCTION] «n'est pas un sujet limité, c'est un vaste sujet dont l'incidence législative se fait sentir presque partout»; voir W. R. Lederman, «Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation» (1975), 53 *R. du B. can.* 597, à la p. 610.

Quant à l'art. 35, j'ai mentionné qu'il est accessoire à l'art. 34. Il traite de situations d'urgence. La disposition, me semble-t-il, indique encore plus clairement l'existence d'un objectif de droit criminel et renseigne davantage sur le but de l'art. 34 et de la Loi en général. Il ne peut entrer en jeu que lorsque les ministres croient qu'une substance n'est pas inscrite sur la liste de l'annexe I ou y est inscrite sans toutefois être assujettie au contrôle fondé sur l'art. 34. En pareil cas, ils peuvent pren-

stance if they believe “immediate action is required to deal with a significant danger to the environment or to human life or health”.

In sum, then, I am of the view that Part II of the Act, properly construed, simply provides a means to assess substances with a view to determining whether the substances are sufficiently toxic to be added to Schedule I of the Act (which contains a list of dangerous substances carried over from pre-existing legislation), and provides by regulations under s. 34 the terms and conditions under which they can be used, with provisions under s. 35 for by-passing the ordinary provisions for testing and regulation under Part II in cases where immediate action is required. I have reached this position independently of the legal presumption that a legislature intends to confine itself to matters within its competence; see *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198, at p. 255; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 688. However, it follows that the position I have taken would by virtue of the presumption displace a possible reading of the Act that would render it unconstitutional.

Since I have found the empowering provisions, ss. 34 and 35, to be *intra vires*, the only attack that could be brought against any action taken under them would be that such action went beyond the authority granted by those provisions; in the present case, for example, such an attack might consist in the allegation that PCBs did not pose “a significant danger to the environment or to human life or health” justifying the making of the Interim Order. This would seem to me to be a tall order. The fact that PCBs are highly toxic substances should require no demonstration. This has become well known to the general public and is supported by an impressive array of scientific studies at both the national and international levels. I list here merely a sample of those cited to us: World Health Organization, U.N. Environment Programme and

dre un arrêté d’urgence relativement à la substance en cause s’ils croient qu’une «intervention immédiate est nécessaire afin de parer à tout danger appréciable soit pour l’environnement, soit pour la vie humaine ou la santé».

Somme toute, je suis donc d’avis que la partie II de la Loi, interprétée correctement, fournit simplement un moyen d’évaluer des substances en vue de déterminer si elles sont suffisamment toxiques pour être ajoutées à l’annexe I de la Loi (qui contient une liste de substances dangereuses provenant d’un texte législatif antérieur), qu’elle prescrit, par règlement pris en vertu de l’art. 34, les conditions auxquelles elles peuvent être utilisées et qu’elle comporte, à l’art. 35, des dispositions permettant de contourner les dispositions ordinaires de la partie II, relatives à la vérification et à la réglementation, dans les cas où une intervention immédiate est requise. J’ai adopté ce point de vue indépendamment de la présomption légale qu’un législateur entend se limiter aux matières relevant de sa compétence; voir *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198, à la p. 255; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, à la p. 688. Cependant, il s’ensuit que le point de vue que j’ai adopté supplanterait, en vertu de cette présomption, une interprétation éventuelle de la Loi qui la rendrait inconstitutionnelle.

Comme j’ai conclu que les dispositions habilitantes, les art. 34 et 35, sont constitutionnelles, la seule contestation dont pourrait faire l’objet toute action intentée en vertu de celles-ci consisterait à affirmer que cette action a excédé le pouvoir accordé par ces dispositions; dans la présente affaire, par exemple, elle pourrait consister à alléguer que les BPC ne posaient pas un «danger appréciable soit pour l’environnement, soit pour la vie humaine ou la santé» qui justifiait la prise d’un arrêté d’urgence. Ce serait, me semble-t-il, demander un peu trop. Il ne devrait pas être nécessaire de démontrer que les BPC sont des substances très toxiques. Ce fait est bien connu du grand public et est étayé par un nombre impressionnant d’études scientifiques tant au niveau national qu’au niveau international. J’énumère ici simplement des

International Labour Organization (joint report), *Polychlorinated Biphenyls (PCBs) and Polychlorinated Terphenyls (PCTs) Health and Safety Guide* (1992); S. Dobson and G. J. van Esch, *Polychlorinated Biphenyls and Terphenyls* (2nd ed. 1993), Environmental Health Criteria 140, World Health Organization; R. J. Norstrom (Environment Canada) and D. C. G. Muir (Department of Fisheries and Oceans), "Chlorinated Hydrocarbon Contaminants in Arctic Marine Mammals", *The Science of the Total Environment* 154 (1994) 107-28; U.N. Environment Programme, *Global Environmental Issues, supra*; Environment Canada, Department of Fisheries and Oceans, Health and Welfare Canada, *Toxic Chemicals in the Great Lakes and Associated Effects* (1991); J. L. and S. W. Jacobson, "A 4-Year Followup Study of Children Born to Consumers of Lake Michigan Fish", *Journal of Great Lakes Research*, 19(4) (1993): 776-83; M. Gilbertson et al., "Great Lakes Embryo Mortality, Edema, and Deformities Syndrome (GLEMEDS) in Colonial Fish-eating Birds: Similarity to Chick-Edema Disease", *Journal of Toxicology and Environmental Health*, 33 (1991): 455-520; Canadian Council of Resource and Environment Ministers, *The PCB Story* (1986); Environment Canada and Health and Welfare Canada, *Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada*; Health and Welfare Canada, *A Review of the Toxicology and Human Health Aspects of PCBs (1978-1982)* (1985); OECD, *Protection of the Environment by Control of Polychlorinated Biphenyls* (1973).

exemples d'études qui nous ont été cités: Organisation mondiale de la Santé, Programme des Nations Unies pour l'environnement et Organisation internationale du travail (rapport conjoint), *Polychlorinated Biphenyls (PCBs) and Polychlorinated Terphenyls (PCTs) Health and Safety Guide* (1992); S. Dobson et G. J. van Esch, *Polychlorinated Biphenyls and Terphenyls* (2^e éd. 1993), Critères d'hygiène de l'environnement 140, Organisation mondiale de la Santé; R. J. Norstrom (Environnement Canada) et D. C. G. Muir (Ministère des Pêches et des Océans), «Chlorinated Hydrocarbon Contaminants in Arctic Marine Mammals», *The Science of the Total Environment* 154 (1994) 107 à 128; Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Global Environmental Issues, op. cit.*; Environnement Canada, Ministère des Pêches et des Océans, Santé et Bien-être social Canada, *Les produits chimiques toxiques dans les Grands Lacs et leurs effets connexes* (1991); J. L. et S. W. Jacobson, «A 4-year Followup Study of Children Born to Consumers of Lake Michigan Fish», *Journal of Great Lakes Research*, 19(4) (1993): 776 à 783; M. Gilbertson et autres, «Great Lakes Embryo Mortality, Edema, and Deformities Syndrome (GLEMEDS) in Colonial Fish-eating Birds: Similarity to Chick-Edema Disease», *Journal of Toxicology and Environmental Health*, 33 (1991): 455 à 520; Conseil canadien des ministres des ressources et de l'environnement, *La question des BPC* (1986); Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada, *Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada*; Santé et Bien-être social Canada, *Examen de la toxicologie et des questions sanitaires relatives aux BPC (1978-1982)* (1985); OCDE, *Protection of the Environment by Control of Polychlorinated Biphenyls* (1973).

158

From what appears in these studies, one can conclude that PCBs are not only highly toxic but long lasting and very slow to break down in water, air or soil. They do dissolve readily in fat tissues and other organic compounds, however, with the

Selon ce qui ressort de ces études, on peut conclure que les BPC sont non seulement très toxiques, mais encore qu'ils durent longtemps et se décomposent très lentement dans l'eau, l'air ou le sol. Toutefois, ils se dissolvent facilement dans les

result that they move up the food chain through birds and other animals and eventually to humans. They pose significant risks of serious harm to both animals and humans. As well they are extremely mobile. They evaporate from soil and water and are transported great distances through the atmosphere. High levels of PCBs have been found in a variety of arctic animals living thousands of kilometres from any major source of PCBs. The extent of the dangers they pose is reflected in the fact that they were the first substance sought to be controlled in Canada under the *Environmental Contaminants Act*, the predecessor of the present legislation. They were also the first substance regulated in the United States under the *Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. § 2605(c). And because of the trans-boundary nature of the threat, they were the first substances targeted for joint action by Canada, the United States and Mexico through the Commission for Environmental Cooperation established under the North American Free Trade Agreement; see C.E.C. Council of Ministers, Resolution # 95-5 "Sound Management of Chemicals", Oct. 1995; C.E.C. Secretariat Bulletin, vol. 2, No. 3, Winter/Spring 1996.

I should say that the respondent and *mis en cause* do not contest the toxicity of PCBs but simply argue that their control should not fall exclusively within federal competence. They also note that there is one study (G. J. Farquhar and J. Sykes, *PCB Behavior in Soils* (1978), at pp. 7, 8, 22, 23, 26, 33 and 34) that indicates that PCBs are absorbed, remain stable and are not mobile. I have already discussed the issue of concurrency. So far as mobility is concerned, whatever weight may be attached to the report in relation to the national concern issue, it has no relevance in considering federal jurisdiction under the criminal law power.

tissus adipeux et autres composés organiques, de sorte qu'ils remontent la chaîne alimentaire grâce aux oiseaux et aux autres animaux pour éventuellement atteindre les êtres humains. Ils posent des risques importants de préjudice grave pour les animaux et les humains. De même, ils sont extrêmement mobiles. Ils s'évaporent du sol et de l'eau et franchissent de grandes distances dans l'atmosphère. On a trouvé des concentrations élevées de BPC chez divers animaux de l'Arctique qui vivent à des milliers de kilomètres de toute source majeure de BPC. L'ampleur des dangers qu'ils posent est illustrée par le fait qu'ils constituent la première substance qu'on a cherché à contrôler au Canada en vertu de la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, qui a précédé la loi actuelle. Ils ont aussi été la première substance à être réglementée aux États-Unis en vertu de la *Toxic Substances Control Act*, 15 U.S.C. § 2605(c). Et en raison de la nature transfrontalière de la menace, ce sont les premières substances ciblées par une action conjointe du Canada, des États-Unis et du Mexique par l'intermédiaire de la Commission de coopération environnementale établie en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain; voir Conseil des ministres de la C.C.E., résolution # 95-5 «Sound Management of Chemicals», oct. 1995; Bulletin du Secrétariat de la C.C.E., vol. 2, n° 3, hiver-printemps 1996.

Je tiens à préciser que l'intimée et le mis en cause ne contestent pas la toxicité des BPC, mais soutiennent simplement que leur contrôle ne devrait pas relever exclusivement de la compétence fédérale. Ils soulignent aussi qu'il existe une étude (G. J. Farquhar et J. Sykes, *PCB Behavior in Soils* (1978), aux pp. 7, 8, 22, 23, 26, 33 et 34) qui indique que les BPC sont absorbés, demeurent stables et ne sont pas mobiles. J'ai déjà analysé la question de la concurrence. Quant à la mobilité, quel que soit le poids qu'on puisse attacher au rapport relativement à la question de l'intérêt national, il n'a rien à voir avec l'examen de la compétence fédérale en vertu du pouvoir en matière de droit criminel.

160 I conclude, therefore, that the Interim Order is also valid under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Disposition

161 I would allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal of Quebec and order that the matter be returned to the Court of summary convictions to be dealt with in accordance with the Act. I would answer the constitutional question as follows:

Q. Do s. 6(a) of the *Chlorobiphenyls Interim Order*, P.C. 1989-296, and the enabling legislative provisions, ss. 34 and 35 of the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), fall in whole or in part within the jurisdiction of the Parliament of Canada to make laws for the peace, order and good government of Canada pursuant to s. 91 of the *Constitution Act, 1867* or its criminal law jurisdiction under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* or otherwise fall within its jurisdiction?

A. Yes. They fall wholly within Parliament's power to enact laws under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. It is not necessary to consider the first issue.

Appeal allowed with costs, LAMER C.J. and SOPINKA, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: George Thomson, Montreal.

Solicitors for the respondent: Ogilvy Renault, Montreal.

Solicitor for the mis en cause: Alain Gingras, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Solicitors for the intervener IPSCO Inc.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Je conclus donc que l'arrêté d'urgence est également valide en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au tribunal des poursuites sommaires pour qu'elle soit instruite conformément à la Loi. Je suis d'avis de répondre à la question constitutionnelle de la façon suivante:

Q. L'alinéa 6a) de l'*Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés*, C.P. 1989-296, ainsi que les dispositions législatives habilitantes, les art. 34 et 35 de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), relèvent-ils en tout ou en partie de la compétence du Parlement du Canada de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou de la compétence en matière criminelle suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou autrement?

R. Oui. Ils relèvent entièrement du pouvoir du Parlement de légiférer en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il n'est pas nécessaire d'examiner la première partie de la question.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appellant: George Thomson, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Ogilvy Renault, Montréal.

Procureur du mis en cause: Alain Gingras, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.

Procureurs de l'intervenante IPSCO Inc.: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the intervener the Société pour vaincre la pollution inc.: Astell & Monette, Montreal.

Solicitors for the interveners Pollution Probe, Great Lakes United (Canada), Canadian Environmental Law Association and Sierra Legal Defence Fund: Stewart A. G. Elgie and Paul R. Muldoon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société pour vaincre la pollution inc.: Astell & Monette, Montréal.

Procureurs des intervenants Pollution Probe, Great Lakes United (Canada), Association canadienne du droit de l'environnement et Sierra Legal Defence Fund: Stewart A. G. Elgie et Paul R. Muldoon, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

William Lifchus *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LIFCHUS

File No.: 25404.

1997: May 29; 1997: September 18.*

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 MANITOBA

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge must provide jury with explanation of “reasonable doubt” — If so, how concept should be explained to jury — Suggested charge on “reasonable doubt”.

Criminal law — Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury on meaning of reasonable doubt — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The accused, a stockbroker, was charged with fraud. The trial judge told the jury in her charge on the burden of proof that she used the words “‘proof beyond a reasonable doubt’ . . . in their ordinary, natural every day sense”, and that the words “doubt” and “reasonable” are “ordinary, every day words that . . . you understand”. The accused was convicted of fraud. On appeal, he contended that the trial judge had erred in instructing the jury on the meaning of the expression “proof beyond a reasonable doubt”. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

*Following a rehearing, the last paragraph of the suggested charge on “reasonable doubt” in para. 39 as well as para. 40 were amended. Those amendments, issued on January 30, 1998, are included in these reasons. La Forest and Sopinka JJ. took no part in the rehearing.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

William Lifchus *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LIFCHUS

N° du greffe: 25404.

1997: 29 mai; 1997: 18 septembre*.

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 MANITOBA

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès doit-il donner au jury une explication de ce qu'est le «doute raisonnable»? — Dans l'affirmative, comment expliquer ce concept au jury? — Exposé proposé sur le «doute raisonnable».

Droit criminel — Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée sur le sens du doute raisonnable? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

L'accusé, courtier en valeurs mobilières, a été accusé de fraude. Le juge du procès a dit au jury, dans son exposé sur le fardeau de la preuve, qu'elle utilisait les mots «‘preuve hors de tout doute raisonnable’ [. . .] dans leur sens ordinaire, dans leur sens naturel, celui de tous les jours», et que les mots «doute» et «raisonnable» sont «des mots ordinaires, de tous les jours, que vous comprenez». L'accusé a été déclaré coupable de fraude. En appel, il a allégué que le juge du procès avait fait erreur dans ses directives au jury sur le sens de l'expression «preuve hors de tout doute raisonnable». La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

*À la suite d'une nouvelle audition, le dernier paragraphe de l'exposé proposé sur le «doute raisonnable» au par. 39 ainsi que le par. 40 ont été modifiés. Les modifications apportées au jugement, déposées le 30 janvier 1998, ont été insérées dans les présents motifs. Les juges La Forest et Sopinka n'ont pas pris part à la nouvelle audition.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: A jury must be provided with an explanation of the expression "reasonable doubt". This expression, which is composed of words commonly used in everyday speech, has a specific meaning in the legal context. The trial judge must explain to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with the presumption of innocence, the basic premise which is fundamental to all criminal trials, and that the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused. The jury should be instructed that a reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt, nor is it based upon sympathy or prejudice. A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must logically be derived from the evidence or absence of evidence. While more is required than proof that the accused is probably guilty, a reasonable doubt does not involve proof to an absolute certainty. Such a standard of proof is impossibly high. Certain references to the required standard of proof should be avoided. A reasonable doubt should not be described as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context, and jurors should not be invited to apply to the determination of guilt in a criminal trial the same standard of proof that they would apply to the decisions they are required to make in their everyday lives, or even to the most important of these decisions. Nor is it helpful to describe proof beyond a reasonable doubt simply as proof to a "moral certainty". As well, the word "doubt" should not be qualified other than by way of the adjective "reasonable". To instruct a jury that a "reasonable doubt" is a "haunting" doubt, a "substantial" doubt or a "serious" doubt may have the effect of misleading the jury. Lastly, it is only after proper instructions have been given as to the meaning of the expression "beyond a reasonable doubt" that jurors may be advised that they can convict if they are "certain" or "sure" that the accused is guilty. The model charge set out in the reasons may be useful but any charge which is consistent with these principles will suffice regardless of the particular words used by the trial judge.

Here, the trial judge failed to explain the standard of proof fully and properly to the jury. He did not provide a definition of "reasonable doubt" and told the jurors to evaluate the concept of reasonable doubt as if these were "ordinary, every day words". This is an unacceptable direction. In the context of a criminal trial, the words "reasonable" and "doubt" have a specific mean-

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il faut expliquer au jury l'expression «doute raisonnable». Cette expression, composée de mots qui sont utilisés couramment dans la langue de tous les jours, a un sens précis dans le contexte juridique. Le juge du procès doit expliquer au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence, principe fondamental de tous les procès pénaux, et que le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé. Le jury devrait recevoir comme directive qu'un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole et qu'il ne doit pas non plus reposer sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens et il doit logiquement découler de la preuve ou de l'absence de preuve. Même s'il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable, le doute raisonnable ne nécessite pas de prouver avec une certitude absolue. Une telle norme de preuve est impossiblement élevée. Certaines mentions concernant la norme de preuve requise doivent être évitées. Il ne faut pas définir le doute raisonnable comme étant une expression ordinaire qui n'a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal ni inviter les jurés à appliquer à la détermination de la culpabilité dans le cadre d'un procès pénal la même norme de preuve que celle qu'ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions, même les décisions les plus importantes. Il n'est pas utile non plus de décrire la preuve hors de tout doute raisonnable simplement comme étant la preuve correspondant à la «certitude morale». De même, il faudrait éviter de qualifier le mot «doute» autrement que par l'adjectif «raisonnable». Dire au jury qu'un «doute raisonnable» est un doute «obsédant», un doute «substantiel» ou un doute «sérieux» pourrait l'induire en erreur. Finalement, ce n'est qu'après avoir donné aux jurés des directives appropriées sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» qu'il est possible de leur dire qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont «certains» ou «sûrs» de sa culpabilité. Le modèle de directives donné dans les motifs peut être utile, mais un exposé conforme aux principes qui y sont énoncés suffira, quels que soient les mots utilisés par le juge du procès.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas expliqué correctement et complètement la norme de preuve au jury. Elle n'a pas donné de définition du «doute raisonnable» et a dit aux jurés d'apprécier le concept du doute raisonnable comme si ces mots étaient «des mots ordinaires, de tous les jours». Cette directive est inacceptable. Dans le contexte d'un procès pénal, les mots «doute» et «rai-

ing. Since the trial judge did not provide any further guidance to the jury concerning the meaning of proof beyond a reasonable doubt, this serious error was not saved by further instructions and gave rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the burden of proof which they were required to apply. Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is not applicable. The correct explanation of the requisite burden of proof is essential to ensure a fair criminal trial and a serious error was made on this fundamental principle of criminal law. It cannot be said that, had the trial judge not erred, the verdict would necessarily have been the same.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Cory J.'s approach and result on the question of reasonable doubt are agreed with. Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* is an inappropriate remedy in this case. Given that the full trial record was not before the Court, and that the submissions on the "miscarriage of justice" aspect of the provision were insufficient, the Crown has failed to discharge its burden to satisfy the Court "that the verdict would necessarily have been the same if the error had not been made".

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253, rev'g (1995), 95 C.C.C. (3d) 509; *Victor v. Nebraska*, 127 L Ed 2d 583 (1994); *R. v. Tyhurst* (1992), 79 C.C.C. (3d) 238; *R. v. Jenkins* (1996), 107 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Hrymyk* (1948), 93 C.C.C. 100; *R. v. Girard* (1996), 109 C.C.C. (3d) 545; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Bergeron* (1996), 109 C.C.C. (3d) 571; *R. v. Ford* (1991), 12 W.C.B. (2d) 576; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

sonnable» ont un sens précis. Puisque le juge du procès n'a donné aucune autre indication au jury sur le sens de l'expression preuve hors de tout doute raisonnable, cette grave erreur n'a pas été corrigée par d'autres directives et soulève une probabilité raisonnable que le jury ait mal compris le fardeau de preuve qu'il devait appliquer. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne s'applique pas. Il est essentiel, pour garantir l'équité d'un procès pénal, d'expliquer correctement le fardeau de preuve applicable et une grave erreur a été commise relativement à ce principe fondamental du droit pénal. Il est impossible d'affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Il y a accord quant à l'approche du juge Cory à l'égard de la question du doute raisonnable et quant au résultat auquel il arrive. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* n'est pas une réparation convenable en l'espèce. Puisque la Cour ne disposait pas de tout le dossier du procès et que les observations présentées relativement à la notion d'«erreur judiciaire grave» prévue par cette disposition étaient insuffisantes, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de convaincre la Cour «que le verdict aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise».

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253, inf. (1995), 95 C.C.C. (3d) 509; *Victor c. Nebraska*, 127 L Ed 2d 583 (1994); *R. c. Tyhurst* (1992), 79 C.C.C. (3d) 238; *R. c. Jenkins* (1996), 107 C.C.C. (3d) 440; *R. c. Hrymyk* (1948), 93 C.C.C. 100; *R. c. Girard*, [1996] R.J.Q.1585; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Bergeron* (1996), 109 C.C.C. (3d) 571; *R. c. Ford* (1991), 12 W.C.B. (2d) 576; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1996), 110 Man. R. (2d) 199, 118 W.A.C. 199, 107 C.C.C. (3d) 226, 48 C.R. (4th) 256, [1996] 6 W.W.R. 577, [1996] M.J. No. 280 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for fraud and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Gregg Lawlor, for the appellant.

Heather Leonoff, Q.C., and *Timothy Killeen*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — Should the expression “beyond a reasonable doubt” be explained to a jury and, if so, in what manner? These are the questions raised on this appeal.

I. Factual Background

The accused, a stockbroker, was charged with one count each of fraud and one of theft, both over \$1000. It was alleged the accused defrauded his employer of a large sum of money by misrepresenting the value of a bond in his personal Canadian margin account.

The accused was tried before a judge and jury. He was convicted of the fraud charge, but acquitted of theft. The accused's main ground of appeal was that the trial judge erred in instructing the jury on the meaning of the expression “proof beyond a reasonable doubt”. The Court of Appeal allowed the appeal, set aside the conviction and ordered a new trial: (1996), 110 Man. R. (2d) 199, 118 W.A.C. 199, 107 C.C.C. (3d) 226, 48 C.R. (4th)

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1996), 110 Man. R. (2d) 199, 118 W.A.C. 199, 107 C.C.C. (3d) 226, 48 C.R. (4th) 256, [1996] 6 W.W.R. 577, [1996] M.J. No. 280 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour fraude et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Gregg Lawlor, pour l'appelante

Heather Leonoff, c.r., et *Timothy Killeen*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — L'expression «hors de tout doute raisonnable» devrait-elle être expliquée au jury et, si oui, de quelle façon? Voilà les questions que soulève le présent pourvoi.

I. Les faits

L'accusé, courtier en valeurs mobilières, a été accusé de fraude relativement à une somme de plus de 1000 \$ et de vol d'une telle somme. Il a été allégué que l'accusé avait escroqué une grosse somme d'argent à son employeur en faisant de fausses déclarations quant à la valeur d'une obligation dans son propre compte sur marge canadien.

L'accusé a été jugé devant un juge et un jury. Il a été déclaré coupable de l'accusation de fraude, mais acquitté relativement à celle de vol. Le principal motif d'appel de l'accusé était que le juge du procès avait fait erreur dans ses directives au jury sur le sens de l'expression «preuve hors de tout doute raisonnable». La Cour d'appel a accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1996), 110

1

2

3

256, [1996] 6 W.W.R. 577, [1996] M.J. No. 280 (QL).

II. The Courts Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench (with a Jury)*

4 The trial judge provided the jury with the following explanation of the expression "reasonable doubt":

When I use the words "proof beyond a reasonable doubt", I use those words in their ordinary, natural every day sense. There isn't one of you who hasn't said, gosh I've got a doubt about such and so. Perfectly every day word. There isn't one of you who doesn't have a notion of reasonable. That, too, is a perfectly ordinary concept.

... On your review of the evidence if you are left with a doubt as to whether the Crown has proved one of those essential elements and if that doubt is a reasonable one then the accused must be acquitted of the evidence.

On the other hand, if having reviewed all of the evidence, you are not left with a reasonable doubt as to whether any of those essential elements have been proved, in other words if you are satisfied beyond that point of reasonable doubt, the accused must be convicted. The words "doubt" the words "reasonable" are ordinary, every day words that I am sure you understand.

5 Although the trial judge referred on other occasions during her charge to the requisite standard of proof "beyond a reasonable doubt", she proffered no other explanation of its meaning. The jury found the accused guilty of fraud and he appealed.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1996), 107 C.C.C. (3d) 226

6 The accused contended that the trial judge failed to properly instruct the jury on the meaning of the expression "reasonable doubt". Scott C.J.M., writing for the court came to two conclusions which dictated the result of the appeal.

Man. R. (2d) 199, 118 W.A.C. 199, 107 C.C.C. (3d) 226, 48 C.R. (4th) 256, [1996] 6 W.W.R. 577, [1996] M.J. No. 280 (QL).

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba (procès avec jury)*

Le juge du procès a donné au jury les explications suivantes quant à l'expression «doute raisonnable»:

[TRADUCTION] Lorsque j'utilise les mots «preuve hors de tout doute raisonnable», je les utilise dans leur sens ordinaire, dans leur sens naturel, celui de tous les jours. Il vous est tous arrivé de dire, mince alors, j'ai un doute sur ceci ou cela. Ce sont parfaitement des mots de tous les jours. Chacun d'entre vous a une idée de ce qui est raisonnable. Ça aussi c'est un concept parfaitement ordinaire.

... Après avoir examiné la preuve, s'il vous reste un doute quant à savoir si le ministère public a établi un de ces éléments essentiels et que ce doute est raisonnable, alors l'accusé doit être acquitté.

Par contre, si après avoir examiné l'ensemble de la preuve il ne vous reste aucun doute raisonnable que tous les éléments essentiels ont été prouvés, en d'autres mots si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable, l'accusé doit alors être déclaré coupable. Le mot «doute» et le mot «raisonnable» sont des mots ordinaires, de tous les jours, que vous comprenez j'en suis sûr.

Même si, à d'autres occasions au cours de son exposé, le juge du procès a fait état de la norme de preuve requise, la preuve «hors de tout doute raisonnable», elle n'a donné aucune autre explication sur son sens. Le jury a déclaré l'accusé coupable de fraude, et ce dernier a interjeté appel.

B. *La Cour d'appel du Manitoba* (1996), 107 C.C.C. (3d) 226

L'accusé a soutenu que le juge du procès avait omis de donner des directives appropriées au jury quant au sens de l'expression «doute raisonnable». Le juge en chef Scott, s'exprimant au nom de la cour, a tiré deux conclusions qui ont déterminé l'issue de l'appel.

First, he found (at p. 231) that in Canada “jurors do need assistance and guidance” in understanding what reasonable doubt means. It is therefore an error of law for a trial judge to fail to explain this concept.

Second, Scott C.J.M. adopted the definition of “reasonable doubt” set forth by Wood J.A. in *R. v. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509 (B.C.C.A.), at p. 525:

With respect to those of a contrary view, it is difficult to think of a more accurate statement than that which defines reasonable doubt as a doubt for which one can give a reason, so long as the reason given is logically connected to the evidence. An inability to give such a reason for the doubt one entertains is the first and most obvious indication that the doubt held may not be reasonable.

Applying these principles he held that the trial judge’s charge to the jury amounted to both a non-direction and a misdirection. There was non-direction arising from the failure to define “reasonable doubt” in a meaningful way. There was misdirection because the trial judge equated “reasonable doubt” with “an ordinary everyday phrase” when in fact it is far from a “perfectly ordinary concept” (p. 234). Scott C.J.M. observed that the standard by which everyday decisions are typically made is “a standard of probability and, often within that, at the low end of the scale” (p. 235) and not a standard of proof “beyond a reasonable doubt”.

He determined that these errors were so serious that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, had no application. He set aside the accused’s conviction and ordered a new trial. The Crown has appealed that decision.

Premièrement, il a conclu à la p. 231 que, au Canada, les [TRADUCTION] «jurés ont effectivement besoin d’aide et de conseils» pour comprendre le sens de l’expression doute raisonnable. Le juge d’un procès qui omet d’expliquer ce concept commet donc une erreur de droit.

Deuxièmement, le juge en chef Scott a adopté la définition de «doute raisonnable» énoncée par le juge Wood dans *R. c. Brydon* (1995), 95 C.C.C. (3d) 509 (C.A.C.-B.), à la p. 525:

[TRADUCTION] Avec égards pour ceux qui sont d’avis contraire, je crois qu’il est difficile de trouver un énoncé plus précis que celui qui définit le doute raisonnable comme étant un doute qu’il est possible de motiver, pourvu que le motif invoqué ait un lien logique avec la preuve. L’incapacité d’une personne de justifier le doute qu’elle entretient par un tel motif est le principal indice, et aussi l’indice le plus manifeste, que ce doute puisse ne pas être raisonnable.

Appliquant ces principes, il a statué que l’exposé du juge au jury constituait à la fois un cas d’absence de directive et un cas de directive erronée. Il y avait absence de directive en raison de l’omission de définir de façon utile l’expression «doute raisonnable». Il y avait directive erronée parce que le juge avait qualifié les mots «doute raisonnable» [TRADUCTION] «d’expression ordinaire, de tous les jours», alors qu’il ne s’agit absolument pas d’un [TRADUCTION] «concept parfaitement ordinaire» (p. 234). Le juge en chef Scott a signalé que la norme appliquée ordinairement pour prendre des décisions courantes est, non pas la norme de preuve «hors de tout doute raisonnable», mais une [TRADUCTION] «norme de probabilité qui, souvent, correspond à la norme la moins exigeante» (p. 235).

Il a jugé que ces erreurs étaient graves au point d’écarter l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a annulé la déclaration de culpabilité prononcée contre l’accusé et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Le ministère public se pourvoit contre cet arrêt.

7

8

9

10

III. Issues on Appeal

11 Four issues fall to be decided on this appeal:

- (1) Must a trial judge provide the jury with an explanation of the expression "reasonable doubt"?
- (2) If so, how should this concept be explained to the jury?
- (3) Did the charge in this case amount to a misdirection on the meaning of "reasonable doubt"?
- (4) If the charge in this case was insufficient, ought this Court give effect to the curative proviso set out at s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*?

IV. Analysis

12 At the outset I should like to express my appreciation of the consideration given to this issue by the Honourable G. Gale, former Chief Justice of Ontario, Houlden J.A. and his committee who have worked so diligently on instructions to juries and for the extensive and helpful reasons of Wood J.A. in *Brydon, supra*. Like Wood J.A. I think it would be of assistance to set out the principles for instructing juries on the duty of the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

A. *The Fundamental Importance of Understanding the Onus Resting Upon the Crown*

13 The onus resting upon the Crown to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt is inextricably linked to the presumption of innocence. That jurors clearly understand the meaning of the term is of fundamental importance to our criminal justice system. It is one of the principal safeguards which seeks to ensure that no innocent person is convicted. The Marshall, Morin and Milgaard cases serve as a constant reminder that our system, with all its protections for the accused, can still make tragic errors. A fair trial must be the

III. Les questions soulevées par le pourvoi

Quatre questions doivent être tranchées dans le cadre du présent pourvoi:

- (1) Le juge du procès doit-il expliquer au jury l'expression «doute raisonnable»?
- (2) Dans l'affirmative, comment ce concept devrait-il être expliqué au jury?
- (3) Est-ce que l'exposé fait en l'espèce a constitué une directive erronée sur le sens de l'expression «doute raisonnable»?
- (4) Si, en l'espèce, l'exposé au jury était insuffisant, notre Cour devrait-elle appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

IV. L'analyse

Au départ, j'aimerais remercier, pour l'attention qu'ils ont accordée à cette question, l'honorable G. Gale, ancien juge en chef de l'Ontario, ainsi que le juge Houlden et son comité pour leurs travaux diligents sur les directives aux jurys, et le juge Wood pour les motifs fouillés et utiles qu'il a exposés dans l'arrêt *Brydon*, précité. À l'instar du juge Wood, je crois qu'il serait utile d'exposer les principes relatifs aux directives qui doivent être données au jury quant à l'obligation du ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

A. *L'importance fondamentale de comprendre la charge qui incombe au ministère public*

La charge qui incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée à la présomption d'innocence. Il est d'une importance fondamentale pour notre système de justice pénale que les jurés comprennent clairement le sens de cette expression. Il s'agit de l'une des principales mesures de protection visant à éviter qu'un innocent soit déclaré coupable. Les affaires Marshall, Morin et Milgaard sont un constant rappel que notre système, malgré toutes les mesures de pro-

goal of criminal justice. There cannot be a fair trial if jurors do not clearly understand the basic and fundamentally important concept of the standard of proof that the Crown must meet in order to obtain a conviction.

No matter how exemplary the directions to the jury may be in every other respect if they are wanting in this aspect the trial must be lacking in fairness. It is true the term has come echoing down the centuries in words of deceptive simplicity. Yet jurors must appreciate their meaning and significance. They must be aware that the standard of proof is higher than the standard applied in civil actions of proof based upon a balance of probabilities yet less than proof to an absolute certainty.

(1) Should a Trial Judge Explain “Reasonable Doubt” to the Jury?

In both its written submissions and during the oral hearing of this appeal, the Crown very fairly and properly conceded that there is good authority for the proposition that Canadian juries should be given a definition of “reasonable doubt”.

In some jurisdictions, most notably the United Kingdom, the position appears to be that there is no need to define “reasonable doubt” beyond telling jurors that they cannot convict unless they are “sure” that the accused is guilty. Indeed, some very eminent jurists have espoused the view that, because the words “reasonable doubt” are readily understood by jurors, it may even be unwise to attempt a definition (Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at p. 873; *Textbook of Criminal Law* (2nd ed. 1983), at p. 43;

tection qu’il comporte en faveur de l’accusé, peut néanmoins donner lieu à des erreurs tragiques. L’objectif de la justice pénale doit être la tenue d’un procès équitable. Il ne peut y avoir de procès équitable si les jurés ne comprennent pas clairement le concept de base et fondamentalement important de la norme de preuve que le ministère doit respecter pour obtenir une déclaration de culpabilité.

Peu importe que les directives aient été données de façon exemplaire à tous autres égards, si elles sont défectueuses sur ce point, le procès ne peut que manquer d’équité. Il est vrai que l’expression s’est transmise au cours des siècles dans des mots d’une simplicité trompeuse. Il n’en demeure pas moins que les jurés doivent en comprendre le sens et l’importance. Ils doivent savoir que même si la norme de preuve est plus exigeante que celle appliquée dans les litiges civils, qui est fondée sur la prépondérance des probabilités, elle n’exige toutefois pas une preuve correspondant à la certitude absolue.

(1) Le juge du procès devrait-il expliquer au jury ce qu’est le «doute raisonnable»?

Tant dans ses observations écrites que dans ses plaidoiries à l’audition du présent pourvoi, le ministère public a, avec raison, concédé très honnêtement qu’il existe des fondements solides dans la jurisprudence et la doctrine pour affirmer qu’une définition de l’expression «doute raisonnable» devrait être donnée aux jurys au Canada.

Dans certains pays, plus particulièrement au Royaume-Uni, on semble avoir adopté la position qu’il n’est pas nécessaire de définir aux jurés l’expression «doute raisonnable», si ce n’est pour leur dire qu’ils ne peuvent conclure à la culpabilité de l’accusé que s’ils sont «sûrs» que celui-ci est coupable. De fait, certains juristes éminents ont épousé le point de vue selon lequel, étant donné que le sens des mots «doute raisonnable» est facile à saisir par les jurés, il pourrait même être malavisé de tenter de les définir (Glanville Williams, *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), à la p. 873; *Textbook of Criminal Law* (2^e éd. 1983),

14

15

16

and *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (Chadbourn rev. 1981), §2497, at pp. 412-15).

17 However, in a recent decision, the United States Supreme Court held that the expression “reasonable doubt” should be defined: *Victor v. Nebraska*, 127 L Ed 2d 583 (1994). In her separate concurring opinion, Ginsburg J. expressed the view (at p. 603) that:

Because the trial judges in fact defined reasonable doubt in both jury charges we review, we need not decide whether the Constitution required them to do so. Whether or not the Constitution so requires, however, the argument for defining the concept is strong. While judges and lawyers are familiar with the reasonable doubt standard, the words “beyond a reasonable doubt” are not self-defining for jurors. Several studies of jury behavior have concluded that “jurors are often confused about the meaning of reasonable doubt,” when that term is left undefined. . . . Thus, even if definitions of reasonable doubt are necessarily imperfect, the alternative — refusing to define the concept at all — is not obviously preferable.

18 It is as well significant that Ginsburg J. referred with approval to the Federal Judicial Centre’s suggested direction on the subject and recommended its use.

19 The majority of the Canadian decisions have held that juries should be provided with a definition of the words “reasonable doubt”. In *R. v. Tyhurst* (1992), 79 C.C.C. (3d) 238, the British Columbia Court of Appeal held, at p. 250, that:

While it is tempting to conclude that the jury must have understood what reasonable doubt means because those words were used so frequently, it must not be forgotten that the principle of reasonable doubt in criminal law imports a great deal more than a lay person might attribute to them. This is demonstrated by the fact that juries are always given a special definition of what reasonable doubt means. It would clearly be legal error to fail to give a jury such a definition just because the words are commonly used.

à la p. 43; et *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (rév. Chadbourn 1981), §2497, aux pp. 412 à 415).

Toutefois, dans un arrêt récent, la Cour suprême des États-Unis a statué que l’expression «doute raisonnable» devait être définie: *Victor c. Nebraska*, 127 L Ed 2d 583 (1994). Dans des motifs concordants, le juge Ginsburg a exprimé l’opinion suivante (à la p. 603):

[TRADUCTION] Parce que les juges qui ont présidé les procès en cause ont, dans les faits, défini le doute raisonnable dans les deux exposés au jury que nous examinons, nous n’avons pas à décider si la Constitution exigeait qu’ils le fassent. Que la Constitution l’exige ou non, cependant, l’argument en faveur de la définition du concept est solide. Même si les juges et les avocats connaissent bien la norme du doute raisonnable, les mots «hors de tout doute raisonnable» n’ont pas un sens évident pour les jurés. Plusieurs études portant sur le comportement des jurés ont conclu que «les jurés sont souvent confus quant au sens du doute raisonnable», lorsque cette expression n’est pas définie. [. . .] Par conséquent, même si les définitions du doute raisonnable sont nécessairement imparfaites, il n’est pas évident que l’autre solution — refuser de définir le concept — soit préférable.

Il est également significatif que le juge Ginsburg ait fait état, avec approbation, de la directive suggérée par le Federal Judicial Centre sur cette question, et qu’elle en ait recommandé l’utilisation.

La majorité des décisions canadiennes ont statué qu’une définition des mots «doute raisonnable» devrait être donnée aux jurys. Dans *R. c. Tyhurst* (1992), 79 C.C.C. (3d) 238, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a tiré la conclusion suivante, à la p. 250:

[TRADUCTION] Bien qu’il soit tentant de conclure que le jury doit avoir compris le sens de l’expression doute raisonnable parce que ces mots ont été utilisés si fréquemment, il ne faut pas oublier que le principe du doute raisonnable en droit criminel comporte un sens beaucoup plus large que celui qu’un non-juriste pourrait lui attribuer. La preuve en est que les jurys reçoivent toujours une définition spéciale de ce que le doute raisonnable signifie. Ce serait clairement commettre une erreur de droit que d’omettre de donner à un jury une telle définition simplement parce que les mots sont utilisés couramment.

This approach was unanimously approved by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal: *R. v. Jenkins* (1996), 107 C.C.C. (3d) 440, at pp. 459-60. See also *R. v. Hrynyk* (1948), 93 C.C.C. 100 (Man. C.A.), at pp. 106-7.

Any doubt as to whether the jury must be provided with an explanation of the expression "reasonable doubt" was resolved by *R. v. Brydon*, [1995] 4 S.C.R. 253. This was an appeal from the judgment of the British Columbia Court of Appeal referred to earlier. Writing for the Court, Lamer C.J. stressed the importance of providing the jury with accurate instructions on the standard of proof. He wrote (at para. 18):

In light of the importance of the burden of proof and reasonable doubt filter to the integrity and reliability of a verdict and to the fairness of an accused's trial and giving due weight to the reality, highlighted by Wood J.A. (at p. 10), that:

... the application to the evidence of the law relating to the burden of proof in a criminal case can pose great difficulty, particularly for a jury of lay people who are confronted with that task for the first, and probably the only, time in their lives.

a trial judge's instructions must be careful, lucid and scrupulously sound.

The phrase "beyond a reasonable doubt", is composed of words which are commonly used in everyday speech. Yet, these words have a specific meaning in the legal context. This special meaning of the words "reasonable doubt" may not correspond precisely to the meaning ordinarily attributed to them. In criminal proceedings, where the liberty of the subject is at stake, it is of fundamental importance that jurors fully understand the nature of the burden of proof that the law requires them to apply. An explanation of the meaning of proof beyond a reasonable doubt is an essential element of the instructions that must be given to a jury. That a definition is necessary can be readily deduced from the frequency with which juries ask for guidance with regard to its meaning. It is there-

Ce point de vue a été approuvé à l'unanimité par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario: *R. c. Jenkins* (1996), 107 C.C.C. (3d) 440, aux pp. 459 et 460. Voir également *R. c. Hrynyk* (1948), 93 C.C.C. 100 (C.A. Man.), aux pp. 106 et 107.

Tout doute qui pouvait subsister sur la question de savoir s'il faut expliquer au jury l'expression «doute raisonnable» a été dissipé par l'arrêt *R. c. Brydon*, [1995] 4 R.C.S. 253. Il s'agissait d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dont il a été fait état précédemment. S'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Lamer a souligné l'importance de fournir au jury des directives précises quant à la norme de preuve. Il a écrit ceci (au par. 18):

Compte tenu de l'importance du filtre du fardeau de la preuve et du doute raisonnable pour l'intégrité et la solidité d'un verdict et pour l'équité du procès de l'accusé, et compte tenu aussi de l'importance du fait, souligné par le juge Wood à la p. 10, que:

[TRADUCTION] ... l'application à la preuve du droit relatif au fardeau de la preuve dans une affaire criminelle peut créer de grandes difficultés, particulièrement au jury composé de profanes qui s'acquittent de cette tâche pour la première et peut-être la seule fois de leur vie.

les directives du juge du procès doivent être soignées, lucides et scrupuleusement exactes.

L'expression «hors de tout doute raisonnable» est composée de mots qui sont utilisés couramment dans la langue de tous les jours. Cependant, ces mots ont un sens précis dans le contexte juridique. Il est possible que ce sens spécial des mots «doute raisonnable» ne corresponde pas exactement au sens qui leur est donné ordinairement. Dans le cadre de poursuites pénales, où la liberté de l'intéressé est en jeu, il est d'une importance fondamentale que les jurés comprennent pleinement la nature du fardeau de la preuve que le droit leur demande d'appliquer. Une explication du sens de l'expression «preuve hors de tout doute raisonnable» est un élément essentiel des directives qui doivent être données au jury. La fréquence avec laquelle les jurys demandent des éclaircissements

20

21

22

fore essential that the trial judge provide the jury with an explanation of the expression.

(2) How Should the Expression “Reasonable Doubt” be Explained to the Jury?

(a) *What Should be Avoided?*

23

Perhaps a consideration of how to define the expression can begin by setting out common definitions which should be avoided. For example, a reasonable doubt should not be described as an “ordinary” concept. Jurors should not be invited to apply to the determination of guilt in a criminal trial the same standard of proof that they would apply to the decisions they are required to make in their everyday lives, or even to the most important of these decisions. In this aspect, I agree with the comments of Scott C.J.M. set out in the judgment below (at pp. 234-35):

Reasonable doubt, no matter how elusive the concept, cannot be equated to an ordinary everyday phrase. It is not, as we have seen, a “perfectly ordinary concept” — far from it. The reason for this is that the word “reasonable” can, depending on the circumstances, have two very different meanings. The first is the meaning thoroughly canvassed by Wood J.A. in *Brydon*. The other more common use is that in ordinary parlance: we hold “reasonable” views, we have “reasonable” opinions, and we make “reasonable” prognostications. This is the standard by which we make our everyday decisions and by which we habitually govern ourselves. It is a standard of probability and, often within that, at the low end of the scale. It is very different from the criminal standard of proof which requires a much higher degree of certitude to arrive at a conclusion of guilt.

To instruct the jury that reasonable doubt means nothing more than the “everyday sense” of the words is misleading and constitutes reversible error. [Emphasis added.]

24

Ordinarily even the most important decisions of a lifetime are based upon carefully calculated risks.

quant au sens de cette expression permet aisément de conclure à la nécessité d’une telle définition. Il est donc essentiel que le juge du procès explique cette expression au jury.

(2) Comment l’expression «doute raisonnable» devrait-elle être expliquée au jury?

a) *Écueils à éviter*

Peut-être pouvons-nous aborder la question de savoir comment définir l’expression en indiquant les définitions courantes qui devraient être évitées. Par exemple, le doute raisonnable ne devrait pas être décrit comme étant un concept «ordinaire». Les jurés ne devraient pas être invités, afin de statuer sur la culpabilité d’un individu dans le cadre d’un procès criminel, à appliquer la même norme de preuve qu’ils appliqueraient à l’égard des décisions qu’ils doivent prendre dans leur vie de tous les jours, même les plus importantes de ces décisions. Sur ce point, je suis d’accord avec les commentaires formulés par le juge en chef Scott en Cour d’appel (aux pp. 234 et 235):

[TRADUCTION] Le doute raisonnable, aussi insaisissable que puisse être ce concept, ne peut être défini comme étant une expression ordinaire, de tous les jours. Il ne s’agit pas, comme nous l’avons vu, d’un «concept parfaitement ordinaire» — loin de là. La raison en est que le mot «raisonnable» peut, selon les circonstances, avoir deux sens très différents. Le premier est celui qu’a examiné de façon exhaustive le juge Wood dans *Brydon*. L’autre usage, plus courant, est celui du langage ordinaire: nous avons des points de vue «raisonnables», nous avons des opinions «raisonnables» et nous faisons des prédictions «raisonnables». Il s’agit de la norme que nous appliquons pour prendre nos décisions quotidiennes, et qui sert habituellement de règle pour notre gouverne personnelle. C’est une norme de probabilité qui, souvent, correspond à la norme la moins exigeante. Elle est très différente de la norme de preuve du droit criminel qui exige un degré de certitude beaucoup plus grand pour pouvoir tirer une conclusion de culpabilité.

Dire au jury que le doute raisonnable ne signifie rien de plus que ce que ces mots signifient dans leur «sens [...] de tous les jours» est trompeur et constitue une erreur donnant lieu à révision. [Je souligne.]

Ordinairement, même les plus importantes décisions dans la vie sont fondées sur des risques soi-

They are made on the assumption that certain events will in all likelihood take place or that certain facts are in all probability true. Yet to invite jurors to apply to a criminal trial the standard of proof used for even the important decisions in life runs the risk of significantly reducing the standard to which the prosecution must be held.

Nor is it helpful to describe proof beyond a reasonable doubt simply as proof to a "moral certainty". I agree with Wood J.A. in *Brydon*, *supra*, and with Proulx J.A. in *R. v. Girard* (1996), 109 C.C.C. (3d) 545 (Que. C.A.), at p. 554, that this expression, although at one time perhaps clear to jurors, is today neither descriptive nor helpful. Moreover, as the United States Supreme Court recognized in *Victor*, *supra*, at pp. 596-97, there is great strength and persuasion in the position put forward that "moral certainty" may not be equated by jurors with "evidentiary certainty". Thus, if the standard of proof is explained as equivalent to "moral certainty", without more, jurors may think that they are entitled to convict if they feel "certain", even though the Crown has failed to prove its case beyond a reasonable doubt. In other words, different jurors may have different ideas about the level of proof required before they are "morally certain" of the accused's guilt. Like the United States Supreme Court, I think that this expression, although not necessarily fatal to a charge on reasonable doubt, should be avoided.

Finally, qualifications of the word "doubt", other than by way of the adjective "reasonable", should be avoided. For instance, instructing the jury that a "reasonable doubt" is a "haunting" doubt, a "substantial" doubt or a "serious" doubt, may have the effect of misleading the jury (*Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16). What may be considered to be "haunting", "substantial"

gneusement calculés. Elles sont fondées sur l'hypothèse que certains événements vont vraisemblablement se produire et que certains faits sont, selon toute probabilité, avérés. Malgré tout, inviter des jurés à appliquer, dans un procès pénal, la norme de preuve que les gens utilisent pour prendre des décisions dans leur vie, même les plus importantes de ces décisions, risque de réduire de façon importante la norme à laquelle la poursuite doit être tenue.

Il n'est pas utile non plus de décrire la preuve hors de tout doute raisonnable simplement comme étant la preuve correspondant à la «certitude morale». Je suis d'accord avec les propos du juge Wood dans *Brydon*, précité, et du juge Proulx dans *R. c. Girard*, [1996] R.J.Q. 1585 (C.A.), à la p. 1591, que même si, à une certaine époque, cette expression a peut-être été claire pour les jurés, de nos jours elle n'est ni descriptive ni utile. Qui plus est, comme la Cour suprême des États-Unis l'a reconnu dans l'arrêt *Victor*, précité, aux pp. 596 et 597, l'argument selon lequel la «certitude morale» peut ne pas être assimilée par les jurés à la «certitude sur le plan de la preuve» est très solide et convaincant. Par conséquent, si la norme de preuve est expliquée comme étant l'équivalent de la «certitude morale», sans plus, les jurés peuvent penser qu'ils sont habilités à conclure à la culpabilité s'ils se sentent «certains», même si le ministère public n'a pas réussi à prouver les accusations hors de tout doute raisonnable. En d'autres mots, les jurés peuvent différer d'avis entre eux quant au degré de preuve requis pour être «moralement certains» de la culpabilité de l'accusé. Tout comme la Cour suprême des États-Unis, je crois que, bien que cette expression ne soit pas nécessairement fatale à la validité d'un exposé sur le doute raisonnable, elle devrait être évitée.

Finalement, il faudrait éviter de qualifier le mot «doute» autrement que par l'adjectif «raisonnable». Par exemple, dire au jury qu'un «doute raisonnable» est un doute «obsédant», un doute «substantiel» ou un doute «sérieux» pourrait induire le jury en erreur (*Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16). Ce que les jurés considéreront comme «obsédant», «substantiel» ou «sérieux» ne man-

25

26

or “serious” is bound to vary with the background and perceptions of each individual juror. As a result of the use of these words jurors will be likely to understand that they should apply a standard of proof that could be higher or lower than that required. Similarly, to advise jurors that a “reasonable doubt” is a doubt which is so serious as to prevent them from eating or sleeping is manifestly misleading (*Girard, supra; R. v. Bergeron* (1996), 109 C.C.C. (3d) 571 (Que. C.A.), at p. 576). These words would lead a juror to set an unacceptably high standard of certainty.

(b) *What Should be Included in the Definition?*

27

First, it must be made clear to the jury that the standard of proof beyond a reasonable doubt is vitally important since it is inextricably linked to that basic premise which is fundamental to all criminal trials: the presumption of innocence. The two concepts are forever as closely linked as Romeo with Juliet or Oberon with Titania and they must be presented together as a unit. If the presumption of innocence is the golden thread of criminal justice then proof beyond a reasonable doubt is the silver and these two threads are forever intertwined in the fabric of criminal law. Jurors must be reminded that the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused committed the crime rests with the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused.

28

It will be recalled that, in *Brydon*, Wood J.A. defined a “reasonable doubt” as “a doubt for which one can give a reason, so long as the reason given is logically connected to the evidence” (p. 525). This was the definition adopted in the Court below. However the idea that jurors should be instructed that a reasonable doubt is a doubt “for which one can give a reason” is not without its forceful detractors. Indeed it was expressly rejected by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ford* (1991), 12 W.C.B. (2d) 576. The view has been expressed that this instruction works to the detriment of the “inarticulate” juror. In short, the fear is that a juror who has a reasonable doubt

quera pas de varier suivant le bagage et les perceptions de chacun d’eux. L’utilisation de tels mots aura vraisemblablement pour conséquence de les amener à appliquer une norme de preuve qui pourrait être plus exigeante ou moins exigeante que celle requise. De même, informer les jurés qu’un «doute raisonnable» est un doute à ce point sérieux qu’il leur fait perdre l’appétit ou le sommeil est manifestement trompeur (*Girard, précité; R. c. Bergeron* (1996), 109 C.C.C. (3d) 571 (C.A. Qué.), à la p. 576). De tels mots amèneraient un juré à appliquer une norme intolérablement élevée quant à la certitude requise.

b) *Que devrait comporter la définition?*

Premièrement, il faut indiquer clairement au jury que la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable a une importance vitale puisqu’elle est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux: la présomption d’innocence. Ces deux concepts sont pour toujours intimement liés l’un à l’autre, comme Roméo et Juliette ou Oberon et Titania, et ils doivent être présentés comme formant un tout. Si la présomption d’innocence est le fil d’or de la justice pénale, alors la preuve hors de tout doute raisonnable en est le fil d’argent, et ces deux fils sont pour toujours entrelacés pour former la trame du droit pénal. Il faut rappeler aux jurés que le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé a commis le crime incombe à la poursuite tout au long du procès, et qu’il ne se déplace jamais sur les épaules de l’accusé.

On se souviendra que, dans *Brydon*, le juge Wood a défini le «doute raisonnable» comme [TRADUCTION] «un doute qu’il est possible de motiver, pourvu que le motif invoqué ait un lien logique avec la preuve» (p. 525). C’est cette définition que la Cour d’appel a adoptée. Toutefois, l’idée que les jurés devraient savoir que le doute raisonnable est un doute «qu’il est possible de motiver» ne manque pas de soulever une opposition vigoureuse. De fait, elle a été expressément rejetée par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Ford* (1991), 12 W.C.B. (2d) 576. On y a exprimé l’opinion que cette directive est désavantageuse pour le juré [TRADUCTION] «incapable de s’exprimer». En bref,

which he or she is unable to concisely articulate to fellow jurors or even to herself, may erroneously conclude that the doubt is not reasonable. Wood J.A. dismissed this objection stating (at p. 525):

... I am not impressed by the notion that modern-day jurors are likely to be lacking in intelligence or "inarticulate" in the sense, or to the degree, that they would be unable either to engage in the limited reasoning process which such an instruction demands or be afraid to speak out and express their views in that respect to their fellow jurors. . . .

However, assuming that there may be some jurors who will find it difficult to communicate their closely held personal views to their fellow jurors, either because they are generally shy or because they have difficulty expressing themselves in conversation with others, that difficulty can be overcome by an instruction cast in terms which does no more than require that they be able to give themselves a reason for the doubt they hold: . . .

Nonetheless there is still another problem with this definition. It is that certain doubts, although reasonable, are simply incapable of articulation. For instance, there may be something about a person's demeanor in the witness box which will lead a juror to conclude that the witness is not credible. It may be that the juror is unable to point to the precise aspect of the witness's demeanor which was found to be suspicious, and as a result cannot articulate either to himself or others exactly why the witness should not be believed. A juror should not be made to feel that the overall, perhaps intangible, effect of a witness's demeanor cannot be taken into consideration is the assessment of credibility.

It follows that it is certainly not essential to instruct jurors that a reasonable doubt is a doubt for which a reason can be supplied. To do so may unnecessarily complicate the task of the jury. It will suffice to instruct the jury that a reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense which must be logically based upon the evidence or lack of evidence.

on craint que le juré qui entretient un doute raisonnable qu'il est incapable d'exprimer de façon concise aux autres jurés ou même pour sa propre gouverne peut conclure erronément que son doute n'est pas raisonnable. Le juge Wood a rejeté cette objection en affirmant (à la p. 525):

[TRADUCTION] . . . je ne suis pas impressionné par l'idée que, de nos jours, les jurés sont susceptibles de manquer d'intelligence ou d'être «incapable de s'exprimer» au point de ne pouvoir faire l'exercice élémentaire de raisonnement qu'une telle directive exige ou d'avoir peur d'exprimer tout haut leur opinion à cet égard aux autres jurés . . .

Toutefois, à supposer que certains jurés trouvent difficile de communiquer leurs vues très personnelles aux autres jurés, soit parce qu'ils sont des personnes généralement timides, soit parce qu'ils éprouvent des difficultés à s'exprimer dans une conversation avec les autres, cette difficulté peut être vaincue au moyen d'une directive donnée en des termes qui ne font rien de plus qu'exiger d'eux qu'ils soient capables d'exprimer, pour leur propre gouverne, le motif étayant le doute qu'ils entretiennent: . . .

Néanmoins, cette définition pose un autre problème. Il s'agit du fait que certains doutes, quoique raisonnables, ne peuvent tout simplement pas être exprimés. Par exemple, il peut y avoir quelque chose dans l'attitude d'une personne à la barre des témoins qui amènera un juré à conclure que le témoin n'est pas crédible. Il est possible que le juré soit incapable d'indiquer l'aspect précis de l'attitude du témoin qu'il a jugé suspect, et qu'il ne puisse, par conséquent, s'expliquer à lui-même ou expliquer aux autres exactement pourquoi il ne faudrait pas croire le témoin. Les jurés ne devraient pas avoir le sentiment que l'impression générale, peut-être intangible, qui se dégage de l'attitude d'un témoin ne peut pas être prise en considération dans l'appréciation de sa crédibilité.

Il s'ensuit qu'il n'est certainement pas essentiel de dire aux jurés qu'un doute raisonnable est un doute qu'il est possible de motiver. Cela pourrait compliquer inutilement la tâche du jury. Il suffira de lui dire qu'un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison et le bon sens, et qui doit reposer logiquement sur la preuve ou l'absence de preuve.

31 It will be helpful in defining the term to explain to jurors those elements that should not be taken into consideration. They should be instructed that a reasonable doubt cannot be based on sympathy or prejudice. Further they should be told that a reasonable doubt must not be imaginary or frivolous. As well they must be advised that the Crown is not required to prove its case to an absolute certainty since such an unrealistically high standard could seldom be achieved.

32 Members of the jury panel may have heard of the "balance of probabilities" or sat on a civil case and been instructed as to the standard used in those cases. It is important that jurors be told that they are not to apply that standard in the context of the criminal trial. They should be told that proof establishing a probability of guilt is not sufficient to establish guilt beyond a reasonable doubt. The instructions explaining what the standard is not will help jurors to understand what it is.

33 In the United Kingdom juries are instructed that they may convict if they are "sure" or "certain" of the accused's guilt. Yet, in my view that instruction standing alone is both insufficient and potentially misleading. Being "certain" is a conclusion which a juror may reach but, it does not indicate the route the juror should take in order to arrive at the conclusion.

34 It is only after proper instructions have been given as to the meaning of the expression "beyond a reasonable doubt" that a jury may be advised that they can convict if they are "certain" or "sure" that the accused is guilty.

35 In some jurisdictions, after the jury has been selected, the trial judge will provide some brief basic instructions as to the nature of a criminal trial and the fundamental principles that will be applied. This is such a sound, sensible and salutary practice that it should be undertaken in all jurisdictions. Obviously it will be of great assistance to jurors if,

Dans la définition de l'expression, il sera utile d'expliquer aux jurés quels sont les éléments qui ne doivent pas être pris en considération. Il faudrait leur indiquer qu'un doute raisonnable ne peut pas être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé. Il faudrait également leur dire qu'un doute raisonnable ne doit pas être imaginaire ou frivole. De même, il faut les informer que le ministère public n'est pas tenu de prouver les accusations avec une certitude absolue, étant donné qu'une norme aussi déraisonnablement élevée pourrait rarement être respectée.

Il est possible que des jurés aient entendu parler de la «prépondérance des probabilités» ou qu'ils aient siégé dans une affaire civile où ont les aura informés de la norme applicable à ce genre d'affaires. Il est important de dire aux jurés qu'ils ne doivent pas appliquer cette norme dans le contexte d'un procès pénal. Il faudrait leur dire qu'une preuve établissant une probabilité de culpabilité n'est pas suffisante pour établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Des directives expliquant aux jurés ce que la norme n'est pas les aideront à comprendre ce qu'elle est.

Au Royaume-Uni, les jurés reçoivent comme directives qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont «sûrs» ou «certains» de sa culpabilité. Cependant, en ce qui me concerne, à elle seule cette directive est à la fois insuffisante et potentiellement trompeuse. Le sentiment d'être «certain» est une conclusion à laquelle un juré peut arriver, mais la route qu'il devrait emprunter à cette fin ne lui a pas été indiquée.

Ce n'est qu'après avoir donné aux jurés des directives appropriées sur le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» qu'il est possible de leur dire qu'ils peuvent déclarer l'accusé coupable s'ils sont «certains» ou «sûrs» de sa culpabilité.

Dans certains ressorts, une fois le jury formé, le juge du procès donne quelques brèves directives générales sur la nature d'un procès pénal et sur les principes fondamentaux qui y seront appliqués. Il s'agit d'une pratique tellement judicieuse, raisonnable et salutaire qu'elle devrait être suivie dans tous les ressorts. Il est clair que le fait d'indiquer

at the beginning of the trial, they are advised of the applicable basic principles. If that procedure is followed, it would be helpful to advise the jury at this time, as well as at the conclusion of the trial, of the presumption of innocence and the burden of proof beyond a reasonable doubt which the Crown must meet.

(c) *Summary*

Perhaps a brief summary of what the definition should and should not contain may be helpful. It should be explained that:

- the standard of proof beyond a reasonable doubt is inextricably intertwined with that principle fundamental to all criminal trials, the presumption of innocence;
- the burden of proof rests on the prosecution throughout the trial and never shifts to the accused;
- a reasonable doubt is not a doubt based upon sympathy or prejudice;
- rather, it is based upon reason and common sense;
- it is logically connected to the evidence or absence of evidence;
- it does not involve proof to an absolute certainty; it is not proof beyond any doubt nor is it an imaginary or frivolous doubt; and
- more is required than proof that the accused is probably guilty — a jury which concludes only that the accused is probably guilty must acquit.

On the other hand, certain references to the required standard of proof should be avoided. For example:

- describing the term “reasonable doubt” as an ordinary expression which has no special meaning in the criminal law context;

dès le début du procès quels sont les principes fondamentaux applicables aidera grandement les jurés. Si cette pratique est suivie, il serait utile de parler aux jurés, à cette étape ainsi qu'à la fin du procès, de la présomption d'innocence et du fardeau qui incombe au ministère public de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable.

c) *Résumé*

Il serait peut-être utile de résumer ce que la définition devrait et ne devrait pas contenir. Les explications suivantes devraient être données:

- la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable est inextricablement liée au principe fondamental de tous les procès pénaux, c'est-à-dire la présomption d'innocence;
- le fardeau de la preuve incombe à la poursuite tout au long du procès et ne se déplace jamais sur les épaules de l'accusé;
- un doute raisonnable ne peut être fondé sur la sympathie ou sur un préjugé;
- il repose plutôt sur la raison et le bon sens;
- il a un lien logique avec la preuve ou l'absence de preuve;
- la norme n'exige pas une preuve correspondant à la certitude absolue; il ne s'agit pas d'une preuve au-delà de n'importe quel doute; il ne peut s'agir non plus d'un doute imaginaire ou frivole;
- il faut davantage que la preuve que l'accusé est probablement coupable — le jury qui conclut seulement que l'accusé est probablement coupable doit acquitter l'accusé.

Par contre, certaines mentions concernant la norme de preuve requise doivent être évitées. Par exemple:

- le fait de décrire l'expression «doute raisonnable» comme étant une expression ordinaire, qui n'a pas de sens spécial dans le contexte du droit pénal;

- inviting jurors to apply to the task before them the same standard of proof that they apply to important, or even the most important, decisions in their own lives;
 - equating proof “beyond a reasonable doubt” to proof “to a moral certainty”;
 - qualifying the word “doubt” with adjectives other than “reasonable”, such as “serious”, “substantial” or “haunting”, which may mislead the jury; and
 - instructing jurors that they may convict if they are “sure” that the accused is guilty, before providing them with a proper definition as to the meaning of the words “beyond a reasonable doubt”.
- le fait d’inviter les jurés à appliquer la même norme de preuve que celle qu’ils utilisent, dans leur propre vie, pour prendre des décisions importantes, voire les plus importantes de ces décisions;
 - le fait d’assimiler preuve «hors de tout doute raisonnable» à une preuve correspondant à la «certitude morale»;
 - le fait de qualifier le mot «doute» par d’autres adjectifs que «raisonnable», par exemple «sérieux», «substantiel» ou «obsédant», qui peuvent induire le jury en erreur;
 - le fait de dire aux jurés qu’ils peuvent déclarer l’accusé coupable s’ils sont «sûrs» de sa culpabilité, avant de leur avoir donné une définition appropriée du sens des mots «hors de tout doute raisonnable».

38

A charge which is consistent with the principles set out in these reasons will suffice regardless of the particular words used by the trial judge. Nevertheless, it may, as suggested in *Girard, supra*, at p. 556, be useful to set out a “model charge” which could provide the necessary instructions as to the meaning of the phrase beyond a reasonable doubt.

(3) Suggested Charge

39

Instructions pertaining to the requisite standard of proof in a criminal trial of proof beyond a reasonable doubt might be given along these lines:

The accused enters these proceedings presumed to be innocent. That presumption of innocence remains throughout the case until such time as the Crown has on the evidence put before you satisfied you beyond a reasonable doubt that the accused is guilty.

What does the expression “beyond a reasonable doubt” mean?

The term “beyond a reasonable doubt” has been used for a very long time and is a part of our history and traditions of justice. It is so engrained in our criminal law that some think it

Un exposé conforme aux principes énoncés dans les présents motifs suffira, quels que soient les mots utilisés par le juge du procès. Néanmoins, il pourrait être utile, comme on le propose dans l’arrêt *Girard*, précité, à la p. 1591, d’établir un «modèl[e] de directives» comportant les directives nécessaires sur le sens de l’expression hors de tout doute raisonnable.

(3) L’exposé proposé

Les directives concernant la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable applicable dans un procès pénal pourraient être formulées ainsi:

Au début du procès l’accusé est présumé innocent. Cette présomption demeure tant et aussi longtemps que le ministère public ne vous a pas convaincus hors de tout doute raisonnable de sa culpabilité à la lumière de la preuve qui vous est présentée.

Que signifie l’expression «hors de tout doute raisonnable»?

L’expression «hors de tout doute raisonnable» est utilisée depuis très longtemps. Elle fait partie de l’histoire et des traditions de notre système judiciaire. Elle est tellement enracinée dans

needs no explanation, yet something must be said regarding its meaning.

A reasonable doubt is not an imaginary or frivolous doubt. It must not be based upon sympathy or prejudice. Rather, it is based on reason and common sense. It is logically derived from the evidence or absence of evidence.

Even if you believe the accused is probably guilty or likely guilty, that is not sufficient. In those circumstances you must give the benefit of the doubt to the accused and acquit because the Crown has failed to satisfy you of the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

On the other hand you must remember that it is virtually impossible to prove anything to an absolute certainty and the Crown is not required to do so. Such a standard of proof is impossibly high.

In short if, based upon the evidence before the court, you are sure that the accused committed the offence you should convict since this demonstrates that you are satisfied of his guilt beyond a reasonable doubt.

This is not a magic incantation that needs to be repeated word for word. It is nothing more than a suggested form that would not be faulted if it were used. For example, in cases where a reverse onus provision must be considered, it would be helpful to bring to the attention of the jury either the evidence which might satisfy that onus or the absence of evidence applicable to it. Any form of instruction that complied with the applicable principles and avoided the pitfalls referred to would be satisfactory.

Further, it is possible that an error in the instructions as to the standard of proof may not constitute a reversible error. It was observed in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 758, that the verdict ought not be disturbed "if the charge, when read as

notre droit pénal que certains sont d'avis qu'elle se passe d'explications. Néanmoins, certaines précisions s'imposent.

Un doute raisonnable n'est pas un doute imaginaire ou frivole. Il ne doit pas reposer sur la sympathie ou sur un préjugé. Il doit reposer plutôt sur la raison et le bon sens. Il doit logiquement découler de la preuve ou de l'absence de preuve.

Même si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, vous devez accorder le bénéfice du doute à l'accusé et l'acquitter, parce que le ministère public n'a pas réussi à vous convaincre de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Cependant, vous devez vous rappeler qu'il est virtuellement impossible de prouver quelque chose avec une certitude absolue, et que le ministère public n'est pas tenu de le faire. Une telle norme de preuve est impossiblement élevée.

En bref, si, en vous fondant sur la preuve soumise à la cour, vous êtes sûrs que l'accusé a commis l'infraction, vous devez le déclarer coupable, car cela démontre que vous êtes convaincus de sa culpabilité hors de tout doute raisonnable.

Il ne s'agit pas d'une formule magique qui doit être reprise mot pour mot. Ce n'est rien de plus qu'une suggestion de formule à laquelle on ne trouverait pas à redire si elle était utilisée. Par exemple, dans les cas où entre en jeu une disposition portant inversion du fardeau de la preuve, il serait utile d'attirer l'attention du jury soit sur la preuve qui peut permettre de s'acquitter de ce fardeau soit sur l'absence de preuve à cet égard. Toute autre forme de directives qui respecterait les principes applicables et éviterait les écueils mentionnés précédemment conviendrait.

De plus, il est possible qu'une erreur dans les directives sur la norme de preuve ne constitue pas une erreur donnant ouverture à révision. Il a été précisé, dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758, que le verdict n'a pas à être changé «si

40

41

a whole, makes it clear that the jury could not have been under any misapprehension as to the correct burden and standard of proof to apply". On the other hand, if the charge as a whole gives rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the standard of proof, then as a general rule the verdict will have to be set aside and a new trial directed.

(4) The Charge in this Case

42 The relevant part of the trial judge's charge was in these words:

When I use the words "proof beyond a reasonable doubt", I use those words in their ordinary, natural every day sense. There isn't one of you who hasn't said, gosh I've got a doubt about such and so. Perfectly every day word. There isn't one of you who doesn't have a notion of reasonable. That, too, is a perfectly ordinary concept.

... On your review of the evidence if you are left with a doubt as to whether the Crown has proved one of those essential elements and if that doubt is a reasonable one then the accused must be acquitted of the evidence.

On the other hand, if having reviewed all of the evidence, you are not left with a reasonable doubt as to whether any of those essential elements have been proved, in other words if you are satisfied beyond that point of reasonable doubt, the accused must be convicted. The words "doubt" the words "reasonable" are ordinary, every day words that I am sure you understand.

43 Like Scott C.J.M., I am of the view that this charge was insufficient. To begin with, the trial judge did not provide a definition of "reasonable doubt". This expression must be explained to the jury. Further, the trial judge told the jurors to evaluate the concept of reasonable doubt as if these were "ordinary, every day words". For the reasons set out earlier, this is an unacceptable direction. The expression "beyond a reasonable doubt" cannot be equated to the everyday use made in today's society of the words "reasonable" and "doubt". Rather, in the context of a criminal trial they have a specific meaning. Unfortunately, the trial judge failed to explain the standard of proof fully and

l'exposé, considéré dans son ensemble, indique clairement que le jury ne peut pas ne pas avoir compris quel fardeau et quelle norme de preuve s'appliquent». Par contre, si l'exposé, considéré dans son ensemble, soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris la norme de preuve applicable, alors, en règle générale, le verdict doit être annulé et un nouveau procès doit être ordonné.

(4) L'exposé fait en l'espèce

Voici comment le juge du procès s'est exprimé dans la partie pertinente de son exposé:

[TRADUCTION] Lorsque j'utilise les mots «preuve hors de tout doute raisonnable», je les utilise dans leur sens ordinaire, dans leur sens naturel, celui de tous les jours. Il vous est tous arrivé de dire, mince alors, j'ai un doute sur ceci ou cela. Ce sont parfaitement des mots de tous les jours. Chacun d'entre vous a une idée de ce qui est raisonnable. Ça aussi c'est un concept parfaitement ordinaire.

... Après avoir examiné la preuve, s'il vous reste un doute quant à savoir si le ministère public a établi un de ces éléments essentiels et que ce doute est raisonnable, alors l'accusé doit être acquitté.

Par contre, si après avoir examiné l'ensemble de la preuve il ne vous reste aucun doute raisonnable que tous les éléments essentiels ont été prouvés, en d'autres mots si vous êtes convaincus au-delà de tout doute raisonnable, l'accusé doit alors être déclaré coupable. Le mot «doute» et le mot «raisonnable» sont des mots ordinaires, de tous les jours, que vous comprenez j'en suis sûr.

À l'instar du juge en chef Scott, je suis d'avis que cet exposé est insuffisant. D'abord, le juge du procès n'a pas donné de définition du «doute raisonnable». Cette expression doit être expliquée au jury. De plus, le juge du procès a dit aux jurés d'apprécier le concept du doute raisonnable comme si ces mots étaient «des mots ordinaires, de tous les jours». Pour les motifs exposés précédemment, cette directive est inacceptable. Le sens de l'expression «hors de tout doute raisonnable» ne peut être assimilé à celui qu'on donne, dans la vie de tous les jours dans la société actuelle, aux mots «doute» et «raisonnable». Au contraire, dans le contexte d'un procès pénal, ils ont un sens particu-

properly to the jury. This failure constituted an error of law in a fundamentally important aspect of this criminal trial.

It is true that the charge as a whole must be considered. Yet, the trial judge did not provide any further guidance to the jury concerning the meaning of proof beyond a reasonable doubt. It follows that this serious error was not saved by further instructions. This is unfortunate, since the trial judge's charge, in all other respects, was, as Scott C.J.M. observed, "a model of clarity and conciseness" (p. 235). Nevertheless, the error was serious and gave rise to the reasonable likelihood that the jury misapprehended the burden of proof which they were required to apply.

B. *Section 686(1)(b)(iii)*

The Crown contended that the proviso set out at s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should be applied and the conviction restored on the basis that, despite the errors in the charge, "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred".

That position cannot be accepted. A serious error was made on a fundamental principle of criminal law. The correct explanation of the requisite burden of proof is essential to ensure a fair criminal trial. To expect less is to alter one of the basic concepts of the criminal trial process. Indeed, Lamer C.J. in *Brydon*, at p. 257, sagely raised the very real concern whether "s. 686(1)(b)(iii) would ever be available to cure an erroneous instruction which may have misled a jury into improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard". It cannot be said that, had the trial judge not erred, the verdict would necessarily have been the same.

lier. Malheureusement, le juge du procès a omis d'expliquer correctement et complètement la norme de preuve au jury. Cette omission constitue une erreur de droit sur un aspect fondamentalement important du procès pénal en cause.

Il est vrai qu'il faut considérer l'exposé dans son ensemble. Cependant, le juge du procès n'a donné aucune autre indication au jury sur le sens de l'expression preuve hors de tout doute raisonnable. Il s'ensuit que cette grave erreur n'a pas été corrigée par d'autres directives. C'est regrettable, car, à tous autres égards, l'exposé du juge du procès était, comme l'a souligné le juge en chef Scott, [TRADUCTION] «un modèle de clarté et de concision» (p. 235). Néanmoins, l'erreur est grave et soulève une probabilité raisonnable que le jury a mal compris le fardeau de preuve qu'il devait appliquer.

B. *Le sous-al. 686(1)(b)(iii)*

Le ministère public a avancé que la disposition prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* devrait être appliquée et que la déclaration de culpabilité devrait être rétablie, pour le motif que, en dépit des erreurs faites dans l'exposé, «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit».

Cet argument ne peut être accepté. Une grave erreur a été commise relativement à un principe fondamental du droit pénal. Il est essentiel, pour garantir l'équité du procès, d'expliquer correctement le fardeau de preuve applicable. Exiger moins revient à modifier l'un des concepts fondamentaux de la procédure pénale. De fait, dans *Brydon*, à la p. 257, le juge en chef Lamer a, avec sagesse, fait état de la crainte très réelle que soulève la question de savoir si «le sous-al. 686(1)(b)(iii) pourrait remédier à une directive erronée qui a pu amener un jury à appliquer incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable». Il est impossible d'affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur.

44

45

46

V. Disposition

47 In the result, the appeal is dismissed and the order directing the new trial is confirmed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

48 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of Justice Cory, and agree with his approach on the question of reasonable doubt as well as the result he reaches. I also agree, but for different reasons, that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is an inappropriate remedy in this case.

49 Given that we do not have the full trial record before us, and that the submissions on the “miscarriage of justice” aspect of the provision were insufficient, in my opinion, the Crown has failed to discharge its burden to satisfy the Court “that the verdict would necessarily have been the same if the error had not been made”. See *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at p. 276, citing *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739.

50 I would accordingly dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

V. Le dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté et l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai lu les motifs du juge Cory, et je souscris à son approche sur la question du doute raisonnable ainsi qu'au résultat auquel il en arrive. Je suis également d'accord, mais pour des motifs différents, que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, n'est pas une réparation convenable en l'espèce.

Compte tenu du fait que nous ne disposons pas de tout le dossier du procès et que les représentations sur la notion d'«erreur judiciaire grave» prévue par cette disposition étaient insuffisantes, à mon avis, le ministère public ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de convaincre la Cour «que le verdict aurait nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise». Voir *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, à la p. 276, où l'on fait état de l'arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739.

Je rejeterais donc le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

**Carol Lawrence and Alicia
Belnavis** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BELNAVIS

File No.: 25507.

1997: May 27; 1997: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Car stopped for speeding — Officer looking for car's documentation and questioning passenger — Stolen goods contained in garbage bags found in car — Driver and passenger charged with possession of stolen goods — Whether the driver and the passenger had reasonable expectation of privacy engaged by the search and seizure — If so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The police stopped a car for speeding and ran a computer check after the driver (Belnavis) could produce no documentation. While the computer check was being processed, the officer returned to the car to look for any pertinent documents. He questioned the passenger (Lawrence) who had stayed in the car and noticed garbage bags on the seat crowding her. He found more in the trunk. On inspection, he found they contained new clothes with price tags. The two women gave differing explanations as to who owned the bags. They were subsequently charged with possession of stolen property. The trial judge found the search unreasonable contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, excluded the evidence of the clothing under s. 24(2), and acquitted the accused. The Court of Appeal quashed the acquittals and ordered new trials. At issue here was whether the accused had a reasonable expectation of privacy engaged by the search and seizure, and if so,

**Carol Lawrence et Alicia
Belnavis** *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BELNAVIS

N° du greffe: 25507.

1997: 27 mai; 1997: 25 septembre.

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 — Voiture interceptée pour excès de vitesse — Policier cherchant les documents concernant le véhicule et interrogeant la passagère — Découverte dans la voiture de sacs à déchets contenant des biens volés — Conductrice et passagère accusées de possession de biens volés — La conductrice et la passagère avaient-elles une attente raisonnable en matière de vie privée sur laquelle la fouille et la saisie ont empiété? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve recueillis devaient-ils être écartés en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Un policier a intercepté une voiture pour excès de vitesse et a effectué une vérification par ordinateur après que la conductrice (Belnavis) eut été incapable de produire des documents. Pendant que s'effectuait la vérification par ordinateur, le policier est retourné à la voiture pour y chercher des documents pertinents. Il a interrogé la passagère (Lawrence), qui était demeurée dans la voiture, et a remarqué la présence de sacs à déchets entassés à côté d'elle sur le siège. Il a trouvé d'autres sacs dans le coffre. En examinant ces sacs, il a constaté qu'ils contenaient des vêtements neufs portant des étiquettes de prix. Les deux femmes ont fourni des explications différentes quant à savoir à qui appartenaient les sacs. Elles ont, par la suite, été accusées de possession de biens volés. Le juge du procès a conclu que la saisie effectuée était abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, a écarté la preuve composée des vêtements, conformément au par. 24(2), et a acquitté les accusées. La Cour d'appel a annulé les acquittements prononcés et ordonné la tenue de nou-

whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (Iacobucci J. dissenting in part and La Forest J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.: The driver of the car, driving with the apparent permission of the owner, had a reasonable expectation of privacy in the vehicle. Searching the vehicle without a warrant constituted a breach of s. 8 of the *Charter*.

The passenger had no expectation of privacy, either in relation to the vehicle or in relation to the items seized, and therefore could not claim a violation of her s. 8 rights. The question as to whether a passenger has a reasonable expectation of privacy in a vehicle depends upon the totality of the circumstances. All of the relevant facts surrounding a passenger's presence in the vehicle must be considered. Here the facts demonstrated that the passenger had no reasonable expectation of privacy in the vehicle. Her connection to the vehicle was extremely tenuous. She had no control over the vehicle or access to it and did not demonstrate any relationship with the owner or driver which would establish some special access to or privilege in regard to the vehicle. No evidence indicated that she had a subjective expectation of privacy in the vehicle. There may well be other situations where a passenger could establish a reasonable expectation of privacy in a vehicle.

The passenger could not demonstrate a reasonable expectation of privacy in the seized merchandise and therefore had no reasonable expectation of privacy in relation to it. She did not identify any of the bags as hers and nothing on the exterior of the bags indicated a connection to her. A garbage bag is very different from a suitcase or kit bag with a name or initials on it.

The officer had reasonable and probable grounds, both objectively and subjectively, to search the vehicle. These grounds must inform the assessment of the

veaux procès. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si les accusées avaient une attente raisonnable en matière de vie privée sur laquelle la fouille et la saisie ont empiété et, dans l'affirmative, si les éléments de preuve recueillis devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Arrêt (le juge Iacobucci est dissident en partie et le juge La Forest est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Major: La conductrice de l'automobile, qui avait apparemment obtenu du propriétaire la permission de la conduire, pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule. Fouiller le véhicule sans mandat constituait une violation de l'art. 8 de la *Charte*.

La passagère n'avait aucune attente en matière de vie privée que ce soit à l'égard de l'automobile ou à l'égard des articles saisis, et elle ne pouvait donc pas alléguer qu'il y avait eu violation de ses droits garantis par l'art. 8. La question de savoir si un passager peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans un véhicule dépend de l'ensemble des circonstances. Tous les faits pertinents entourant la présence d'un passager dans le véhicule doivent être pris en considération. En l'espèce, il est ressorti des faits que la passagère ne pouvait pas raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule. Son lien avec le véhicule était extrêmement ténu. Elle n'exerçait aucun contrôle sur le véhicule et n'en régissait pas l'accès, et elle n'a pas démontré qu'elle avait, avec le propriétaire ou la conductrice, une relation qui établirait l'existence d'un accès spécial au véhicule ou d'un privilège s'y rapportant. Il n'y avait aucune preuve qu'elle pouvait s'attendre subjectivement au respect de sa vie privée dans le véhicule. Il peut bien y avoir d'autres cas où un passager pourrait établir qu'il pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule où il prenait place.

La passagère n'a pas pu démontrer qu'elle avait une attente raisonnable en matière de vie privée quant aux articles saisis et elle n'avait donc aucune attente raisonnable en matière de vie privée quant à ces articles. Elle n'a pas précisé quel sac lui appartenait et rien sur l'extérieur des sacs n'indiquait l'existence d'un lien avec elle. Un sac à déchets est très différent d'une valise ou d'un sac à fourbi portant des initiales ou sur lesquels un nom est inscrit.

Le policier avait, à la fois objectivement et subjectivement, des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule. Ces motifs doivent être à la base de

seriousness of the *Charter* breach, when determining whether to admit the evidence under s. 24(2). The officer properly stopped the speeding vehicle. He had every right to look for documents pertaining to its ownership or registration, to check it for safety reasons and to speak with the passenger. An objective observer would consider the officer had reasonable and probable grounds to believe the bags contained stolen goods and to check the trunk for more.

The transcript indicated that the officer clearly asserted a subjective belief in reasonable and probable grounds. The trial judge's finding that he did not was unreasonable.

Whether or not the search was based upon reasonable and probable grounds, a consideration of all the circumstances leads to the conclusion that the evidence of the clothing should be admitted under s. 24(2) of the *Charter*. Three sets of factors need to be considered: the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* breach and the effect of the exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice. Appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made some apparent error as to the applicable principles or rules of law or has made an unreasonable finding.

Trial fairness was not in issue.

The trial judge's conclusion that the breach was serious could not stand. The degree of the seriousness of the breach decreases as the expectation of privacy diminishes. The reasonable expectation of privacy in relation to a car is greatly reduced, in comparison to that expected of a home or office and it is further reduced when the car belongs to another. Here, the trial judge failed to take into consideration the totality of the circumstances. The seriousness of the breach, if any, was diminished by the facts that there was no ongoing disregard for the accused's *Charter* rights, that there was no indication that any possible breach was deliberate, wilful or flagrant, and that the officer acted entirely in good faith. Finally, the presence of reasonable and probable grounds mitigates the seriousness of the breach. The

évaluation de la gravité de la violation de la *Charte*, au moment de décider s'il y a lieu d'utiliser la preuve en vertu du par. 24(2). Le policier a intercepté à bon droit le véhicule pour excès de vitesse. Il avait tous les droits de chercher des documents concernant la propriété ou l'immatriculation du véhicule, de l'inspecter pour des raisons de sécurité et de parler avec la passagère. Un observateur objectif considérerait que le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire que les sacs contenaient des biens volés et de vérifier si d'autres sacs se trouvaient dans le coffre.

Il est ressorti de la transcription que le policier a clairement fait part d'une croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables. La conclusion du juge du procès que le policier n'avait pas de tels motifs était déraisonnable.

Peu importe que la fouille ait été fondée ou non sur des motifs raisonnables et probables, l'examen de toutes les circonstances amène à conclure que la preuve composée des vêtements devrait être utilisée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il y a trois ensembles de facteurs à prendre en considération: l'effet de l'utilisation sur l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable.

L'équité du procès n'était pas en cause.

La conclusion du juge du procès qu'une violation grave a été commise ne saurait tenir. Moins l'attente en matière de vie privée est grande, moins la violation est grave. L'attente raisonnable en matière de vie privée qu'a la personne qui se trouve dans une automobile est sensiblement moindre que celle de la personne qui se trouve dans sa résidence ou au bureau et cette attente est d'autant plus réduite lorsque l'automobile appartient à une autre personne. En l'espèce, le juge du procès n'a pas pris en considération l'ensemble des circonstances. La gravité de la violation, s'il en est, a été diminuée par le fait qu'il n'y a eu aucun mépris des droits garantis par la *Charte* aux accusées, que le policier a agi en toute bonne foi et que rien n'indiquait que toute violation qui pouvait avoir été commise était délibérée, volontaire ou flagrante. Enfin, l'existence de motifs raisonnables et probables atténue la gravité de la violation. La violation

violation of the accused's s. 8 right was little more than a technical one.

The trial judge did not appear to have turned his mind to society's interest in the effective prosecution of crime or to the reliability or discoverability of the evidence. The exclusion, not the inclusion, of the evidence would cause harm to the administration of justice. The evidence was essential to the prosecution and was entirely reliable.

Per Sopinka J.: The police officer lacked reasonable and probable grounds. This conclusion, however, did not affect the necessity to resort to s. 24(2) of the *Charter* because a s. 8 breach occurred. Notwithstanding reasonable and probable grounds, a warrantless search violates s. 8, absent a constitutionally valid law authorizing warrantless searches. The evidence, however, should be admitted for the reasons of *Doherty J.A.* in the Court of Appeal. The expectation of privacy in a dwelling is very different from that expected in a car which can be lawfully stopped by police officers virtually at random.

Per Iacobucci J. (dissenting in part): The passenger (Lawrence) demonstrated no expectation of privacy sufficient to ground a claim under s. 8 of the *Charter*. The trial judge's conclusions with respect to the driver (Belnavis), however, were not unreasonable or based upon an error of law and were therefore entitled to appellate deference. Appellate courts cannot properly review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute their opinions absent some apparent error of law or a finding that is unreasonable.

The finding that the officer lacked reasonable and probable grounds to search the vehicle was not unreasonable. The grounds for the officer's searching activity must be assessed from the point of view of the initial search. The mere presence in the back seat of garbage bags with new clothing did not constitute objectively reasonable and probable grounds supporting the search of those bags. Similar observations could be made concerning the presence of subjective belief in reasonable and probable grounds. Given conflicting evidence as to subjective belief, an appellate court cannot state with certainty that subjective belief in reasonable and proba-

ble grounds was not unreasonable. The s. 8 right was little more than a technical one.

Le juge du procès ne semble pas avoir pris en considération l'intérêt qu'a la société à ce que les criminels soient poursuivis efficacement, ni la question de la fiabilité de la preuve ou de la possibilité de la découvrir. Ce serait l'exclusion des éléments de preuve, et non leur utilisation, qui nuirait à l'administration de la justice. Les éléments de preuve recueillis étaient essentiels à la poursuite et étaient tout à fait fiables.

Le juge Sopinka: Le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables. Toutefois, cette conclusion ne changeait rien à la nécessité de recourir au par. 24(2) de la *Charte* parce qu'il y avait eu violation de l'art. 8. Malgré l'existence de motifs raisonnables et probables, une fouille ou perquisition sans mandat viole l'art. 8 en l'absence d'une règle de droit constitutionnellement valide qui autorise une telle fouille ou perquisition. Cependant, la preuve recueillie devrait être admise pour les motifs exposés par le juge *Doherty* de la Cour d'appel. Il existe une différence marquée entre l'attente en matière de vie privée dans une maison d'habitation et celle dans une automobile que des policiers peuvent légalement intercepter presque au hasard.

Le juge Iacobucci (dissent en partie): La passagère (Lawrence) n'a démontré l'existence d'aucune attente en matière de vie privée suffisante pour justifier une action fondée sur l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, les conclusions du juge du procès à l'égard de la conductrice (Belnavis) n'étaient ni déraisonnables ni fondées sur une erreur de droit et avaient donc droit à la retenue de la part des cours d'appel. Les cours d'appel ne peuvent à bon droit réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et substituer leur opinion à celle de ces tribunaux en l'absence d'une erreur de droit manifeste ou d'une conclusion déraisonnable.

La conclusion que le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule n'était pas déraisonnable. Les motifs qui ont incité le policier à effectuer cette fouille doivent être évalués du point de vue de la fouille initiale. La seule présence, sur le siège arrière, de sacs à déchets contenant des vêtements neufs ne constituait pas objectivement des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille de ces sacs. On pourrait faire les mêmes observations au sujet de la présence d'une croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables. Vu la preuve contradictoire concernant la croyance subjective, une cour d'appel ne peut

ble grounds existed or that the trial judge acted unreasonably in failing to find that it did.

When police do not have sufficient grounds to support a search, they must leave the suspect alone and not proceed in violation of the *Charter* to acquire the evidence they want. This is no less true of a car than a home or office.

The *Charter* breach was serious, notwithstanding its brief and isolated nature and the reduced expectation of privacy in the borrowed car. The trial judge was aware of concerns raised about the seriousness of the breach and his finding the breach to be serious was consistent with previous authority. He gave adequate consideration to whether the exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Often this factor is mentioned only in passing.

Per La Forest J. (dissenting): The police search of the car and the property of the driver and its passenger occurred in circumstances that could no doubt be viewed as suspicious but where the officer had no reasonable and probable grounds to believe that the property was searched had committed an offence. The requirement of reasonable and probable grounds is the minimum requirement for a search.

Taking a drive with one's spouse, friends or anyone else permitted to do so by the owner or driver is a common and perfectly legitimate activity in a free society and one which the citizen should generally be left free to pursue in the reasonable expectation that he or she would be left alone by the police. Both drivers and passengers have an equally reasonable expectation of privacy, not only as to their persons but also with regard to any goods they may be carrying in a motor vehicle.

There is less expectation of privacy in an automobile not because a person is less entitled to privacy but because, for the purposes of regulating and controlling traffic safety in cars, it is reasonable for the state to seek entry into a car more freely than to the home, and once there the police may incidentally observe what is illegal. But beyond this, the individual as such and the privacy he or she has in property brought with him or her is

dire avec certitude qu'il y avait une croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables ou que le juge du procès a agi de façon déraisonnable en ne concluant pas qu'ils existaient.

Lorsque les policiers n'ont pas de motifs suffisants pour justifier une fouille ou perquisition, ils doivent laisser le suspect tranquille et ne pas agir contrairement à la *Charte* pour obtenir la preuve souhaitée. Cela n'est pas moins vrai dans le cas d'une voiture que dans le cas d'une résidence ou d'un bureau.

La violation de la *Charte* était grave en dépit du fait qu'il s'agissait d'un acte bref et isolé et malgré l'existence d'une attente moindre en matière de vie privée dans la voiture empruntée. Le juge du procès était au courant des inquiétudes soulevées concernant la gravité de la violation et sa conclusion que la violation était grave était compatible avec la jurisprudence antérieure. Il a suffisamment tenu compte de la question de savoir si l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Ce facteur n'est souvent mentionné qu'en passant.

Le juge La Forest (dissent): Le policier a effectué la fouille de l'automobile et des biens de la conductrice et de la passagère dans des circonstances qui pouvaient sans doute être qualifiées de suspectes, mais où il n'avait pas de motifs raisonnables et probables de croire que les personnes dont les biens ont été fouillés avaient commis une infraction criminelle. L'existence de tels motifs constitue la condition minimale requise pour effectuer une fouille ou perquisition.

La promenade en automobile que le propriétaire ou le conducteur de celle-ci fait avec son conjoint, ses amis ou toute autre personne est une activité courante et parfaitement légitime dans une société libre, à laquelle les citoyens devraient généralement pouvoir s'adonner librement en s'attendant raisonnablement à ne pas être importunés par la police. Les conducteurs et les passagers ont la même attente raisonnable en matière de vie privée, et ce, non seulement à l'égard de leur propre personne, mais encore en ce qui concerne les biens qu'ils peuvent transporter avec eux dans un véhicule à moteur.

La personne qui se trouve dans une automobile a une attente moindre en matière de respect de sa vie privée non pas parce qu'elle y a moins droit en tant que telle, mais parce que, aux fins de la réglementation et du contrôle de la sécurité des automobiles circulant sur la route, il est raisonnable que l'État cherche à entrer plus librement dans une voiture que dans une résidence, et que, une fois qu'ils s'y trouvent, les policiers puissent

deserving of as much privacy as if the individual were at home.

The standard advanced by the majority, namely, that the police may search an automobile when the "totality of circumstances" dictates that it is reasonable to intrude upon a passenger's expectation of privacy in relation to the property brought by the passenger, is well below the traditional standard of reasonable and probable grounds. A vague standard such as this offers almost no protection to the citizen from interference by the police and also has grave implications for equality in the application of the law. Another reason for rejecting the "totality of circumstances" test is that it draws distinctions based on the personal relationships and undermines the fact that s. 8 of the *Charter* applies to everyone.

There is agreement with the trial judge that the search of the car and the property of both the accuseds was unreasonable. The evidence, as against the driver and the passenger, should be rejected under s. 24(2) of the *Charter*.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; **distinguished:** *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

By Sopinka J.

Distinguished: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

R. v. Duguay, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223; *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Lamy* (1993), 80 C.C.C. (3d) 558;

incidemment observer ce qui est illégal. Mais au-delà de cela, la personne elle-même a droit au même respect de sa vie privée que si elle se trouvait dans sa résidence, et ce droit s'étend aux biens qu'elle transporte avec elle.

La norme invoquée par les juges majoritaires, à savoir que la police peut fouiller une automobile lorsqu'il ressort de l'«ensemble des circonstances» qu'elle peut raisonnablement empiéter sur les attentes en matière de vie privée qu'un passager a relativement aux biens qu'il transporte avec lui est bien moins stricte que la norme traditionnelle des motifs raisonnables et probables. Une norme aussi vague n'offre presque pas de protection aux citoyens contre l'ingérence policière et a également de graves conséquences sur l'application égale de la loi. Une autre raison de rejeter le critère de l'«ensemble des circonstances» est qu'il établit des distinctions fondées sur les liens personnels qui existent entre des personnes et mine le fait que l'art. 8 de la *Charte* s'applique à chacun.

Il y a accord avec l'opinion du juge du procès que la fouille de la voiture et des biens des deux accusées était abusive. Les éléments de preuve défavorables à la conductrice et à la passagère devraient être rejetés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Citée par le juge Sopinka

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527.

Citée par le juge Iacobucci (dissident en partie)

R. c. Duguay, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Lamy* (1993), 80 C.C.C. (3d) 558; *R. c.*

R. v. Simpson (1993), 20 C.R. (4th) 1; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Klimchuk* (1991), 67 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Stockley*, [1997] N.J. No. 25 (QL); *R. v. W.S.S.K.*, [1991] B.C.J. No. 3603 (QL).

La Forest J. (dissenting)

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Maryland v. Wilson*, 117 S.Ct. 882 (1997); *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615; *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Authors Cited

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1995, release 2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 29 O.R. (3d) 321, 91 O.A.C. 3, 107 C.C.C. (3d) 195, 48 C.R. (4th) 320, 36 C.R.R. (2d) 32, allowing an appeal from acquittals by Salhany J. Appeal dismissed, Iacobucci J. dissenting in part, La Forest J. dissenting.

James Lockyer and Paul Shapiro, for the appellants.

Christine Bartlett-Hughes, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Major J.J. was delivered by

CORY J. — What expectation of privacy can a passenger and a driver have in a car and what are the consequences of a police search of the car which violates whatever right to privacy may exist? These are the questions presented on this appeal.

Simpson (1993), 20 C.R. (4th) 1; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Klimchuk* (1991), 67 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Stockley*, [1997] N.J. No. 25 (QL); *R. c. W.S.S.K.*, [1991] B.C.J. No. 3603 (QL).

Citée par le juge La Forest (dissident)

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Maryland c. Wilson*, 117 S.Ct. 882 (1997); *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615; *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978); *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Doctrine citée

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated November 1995, release 2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 29 O.R. (3d) 321, 91 O.A.C. 3, 107 C.C.C. (3d) 195, 48 C.R. (4th) 320, 36 C.R.R. (2d) 32, qui a accueilli l'appel interjeté contre des acquittements prononcés par le juge Salhany. Pourvoi rejeté, le juge Iacobucci est dissident en partie, le juge La Forest est dissident.

James Lockyer et Paul Shapiro, pour les appelants.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE CORY — Quelle attente en matière de vie privée le passager et le conducteur d'une automobile peuvent-ils avoir et quelles sont les conséquences d'une fouille policière de cette automobile, qui viole tout droit éventuel à la vie privée? Ce sont là les questions qui se posent dans le présent pourvoi.

Factual Background

2 At about 8:30 p.m. on June 5, 1991, Constable Boyce of the Cambridge O.P.P. stopped a speeding car with New York licence plates on the Highway 401 near Kitchener. In the car were three young women, the two appellants and a teenager. Constable Boyce asked the driver, the appellant Belnavis, for her licence, insurance and vehicle registration. When she admitted that she had no documentation, the officer asked her to accompany him to the police cruiser. She went, accompanied by the teenage passenger who had occupied the front seat of the vehicle. This left the appellant Lawrence sitting in the passenger side of the back seat. The officer's intention was merely to write up a speeding ticket, but suspecting that the car might be stolen he ran a computer check of the plates.

3 Belnavis gave the officer her name and date of birth and told him she was from Ontario. After he ran a licence check, she corrected her birth date, increasing her age by three years. He asked her who owned the vehicle and she told him it belonged to a friend. While he waited for information on the vehicle, the officer returned to the car to look for any documents pertaining to its ownership or registration. The contents of the glove box were so messy that Constable Boyce decided there was no point looking through them. He then stepped out of the vehicle, opened the back door on the passenger side, and stuck his head inside the vehicle so he could speak with Lawrence. He did this because the roar of the traffic alongside Highway 401 made it difficult to hear.

4 Constable Boyce asked Lawrence to identify herself and she provided her name and birth date. As they were speaking, Constable Boyce noticed three garbage bags on the driver's side of the back seat. They were open and appeared to be full of

Les faits

Vers 20 h 30, le 5 juin 1991, l'agent Boyce de la Police provinciale de l'Ontario, détachement de Cambridge, a intercepté pour excès de vitesse sur l'autoroute 401, près de Kitchener, une voiture portant des plaques minéralogiques de l'État de New York. Il y avait à bord trois jeunes femmes, à savoir les deux appelantes et une adolescente. L'agent Boyce a demandé à la conductrice, l'appelante Belnavis, de lui remettre son permis de conduire, son certificat d'assurance et le certificat d'immatriculation du véhicule. Lorsqu'elle a admis n'avoir aucun de ces documents, le policier lui a demandé de l'accompagner à sa voiture de patrouille. Elle s'y est rendue, en compagnie de l'adolescente qui avait pris place sur le siège avant du véhicule. Ne restait dans l'automobile que l'appelante Lawrence, assise à l'arrière, du côté du passager. Le policier avait simplement l'intention de délivrer une contravention pour excès de vitesse, mais soupçonnant que l'automobile pouvait avoir été volée, il a effectué une vérification par ordinateur du numéro des plaques.

Belnavis a divulgué au policier son nom et sa date de naissance et lui a dit qu'elle était de l'Ontario. Après qu'il eut effectué une vérification du permis de conduire, elle a corrigé sa date de naissance et augmenté son âge de trois ans. Il lui a demandé à qui appartenait l'automobile, et elle lui a répondu qu'elle appartenait à un ami. En attendant de recevoir des renseignements sur le véhicule, le policier y est retourné afin de chercher des documents concernant sa propriété ou son immatriculation. Le contenu de la boîte à gants était dans un tel désordre que l'agent Boyce a décidé qu'il ne servirait à rien de l'examiner. Il est alors sorti du véhicule, a ouvert la portière arrière du côté du passager et a avancé la tête à l'intérieur du véhicule afin de pouvoir parler à Lawrence. Il a fait cela en raison du bruit assourdissant de la circulation sur l'autoroute 401.

L'agent Boyce a demandé à Lawrence de s'identifier et elle lui a donné son nom et sa date de naissance. Au cours de leur conversation, l'agent Boyce a remarqué la présence de trois sacs à déchets sur le siège arrière du côté du conduc-

clothing. He could also see price tags on some of the garments hanging out of the garbage bags. Constable Boyce reached into one of the bags and removed three or four articles. They were all new and had price tags attached. He asked Lawrence who owned the bags and she replied that they each owned one bag. She did not indicate which bag belonged to her. The trial judge found that the officer also looked in the trunk while the car was pulled off to the side of the highway, and discovered five more garbage bags filled with clothing.

Constable Boyce returned to the police cruiser and put the same question to Belnavis. She told him the bags were in the car when she got it. At this point, the computer search showed that the car was not stolen, but that there was an outstanding arrest warrant for Belnavis for unpaid traffic fines. He proceeded to arrest her on the authority of that warrant. After arresting Belnavis, Constable Boyce returned to the vehicle and asked Lawrence who owned the car. She replied that it had been given to Belnavis by her boyfriend.

At this point, Constable Boyce decided to call his supervisor, Sergeant Thornton, for assistance. He testified as to his reason for doing so in these words:

A. Because I had . . . the first thing was three females involved. I was on my own it was difficult to separate what I had, which I had never learned anyway. I really didn't know what I had at that time. I still felt I could even have [a] stolen car involved because I have experienced, actually stopped a stolen car and not finding out until three hours, four hours later that the thing was stolen. It's just not on the system at the time or been reported. The new clothing with tags. Three garbage bags. It just didn't make sense. Plus the explanations

teur. Ils étaient ouverts et paraissaient pleins de vêtements. Il a également pu apercevoir les étiquettes de prix sur certains vêtements qui pendaient à l'extérieur des sacs. L'agent Boyce a tiré trois ou quatre articles de l'un des sacs. Ils étaient tous neufs et portaient des étiquettes de prix. Il a demandé à Lawrence à qui appartenaient les sacs et elle a répondu que chacune d'elles en possédait un. Elle n'a pas précisé lequel des sacs lui appartenait. Le juge du procès a conclu que le policier avait aussi jeté un coup d'œil dans le coffre pendant que l'automobile était immobilisée en bordure de la route, et qu'il y avait découvert cinq autres sacs à déchets remplis de vêtements.

L'agent Boyce est retourné à la voiture de patrouille et a posé la même question à Belnavis. Elle a répondu que les sacs se trouvaient déjà dans la voiture quand elle l'avait prise. À ce moment-là, la recherche par ordinateur a démontré que l'automobile n'était pas volée, mais qu'un mandat d'arrestation avait été décerné contre Belnavis pour non-paiement d'amendes relatives à des infractions au code de la route. Il a donc procédé à son arrestation sur la foi de ce mandat. Après avoir arrêté Belnavis, l'agent Boyce est retourné au véhicule et a demandé à Lawrence à qui appartenait l'automobile. Elle a répondu que Belnavis l'avait reçue de son ami.

L'agent Boyce a alors décidé de demander l'aide de son superviseur, le sergent Thornton. Il a témoigné l'avoir fait pour les raisons suivantes:

[TRADUCTION]

R. Parce que j'avais . . . la première chose, c'est qu'il y avait trois femmes. J'étais seul et il était difficile de distinguer ce que j'avais, ce que je n'avais jamais appris à faire de toute façon. Je ne savais réellement pas à quoi j'avais affaire à ce moment-là. J'avais encore l'impression qu'il pouvait même s'agir d'une voiture volée, parce que j'avais déjà eu l'expérience d'intercepter une voiture volée et de ne découvrir que trois ou quatre heures plus tard qu'il s'agissait d'une voiture volée. Ce n'était tout simplement pas encore dans le système, ou le vol n'avait pas encore été signalé. Les vêtements neufs portant des étiquettes. Trois sacs à déchets. Cela n'avait tout simplement pas de sens. En plus des expli-

5

6

which were being given to me. Lawrence told me they had come from [Staten] Island.

The trial judge found that when Sergeant Thornton arrived at the scene, Constable Boyce pointed out the three green garbage bags of clothing in the back seat of the car and the five other bags in the trunk. He also had a purse containing 12 pairs of women's panties and a driver's licence belonging to Belnavis.

7 The car was towed to a nearby police station. The appellants were charged with ten counts of possession of stolen property.

Decisions Below

Ontario Court (General Division)

8 At the opening of the trial, a *voir dire* was held regarding the admissibility of the clothing. It was accepted for the purposes of the *voir dire* that the merchandise was stolen.

9 The trial judge noted that because the search was a warrantless one, he must consider whether Constable Boyce had reasonable grounds to conduct the search. He found that there was no basis for the officer to believe, objectively or subjectively, that the items in the garbage bags were stolen. The essence of the trial judge's reasons can be found in these two extracts from his reasons:

Viewed objectively, I can find no basis for reasonable cause. What the officer observed was three medium-sized garbage green bags 2' x 1 ½' with some new clothing and price tag [*sic*] on top. There was nothing to lead him to believe that all of the items in both bags were new. Moreover, even assuming that all of the items were newly acquired, it does not necessarily follow that they were probably stolen. Nor does it necessarily follow from the fact that the clothing was in garbage bags instead of shopping bags provided by retail vendors that they were probably stolen. Nor can I accept that the answers given by the accused to his questions about the ownership of the clothing, viewed objectively, would have led a reasonable person to conclude that these items were probably stolen. Finally, there was nothing

cations que j'avais reçues. Lawrence m'avait dit qu'elles arrivaient de [Staten] Island.

Le juge du procès a conclu que lorsque le sergent Thornton est arrivé sur les lieux, l'agent Boyce lui a montré les trois sacs à déchets verts contenant des vêtements sur le siège arrière de l'automobile et les cinq autres sacs dans le coffre. Il avait aussi une bourse contenant 12 paires de culottes pour femmes et un permis de conduire appartenant à Belnavis.

L'automobile a été remorquée jusqu'à un poste de police avoisinant. Dix chefs d'accusation de possession de biens volés ont été portés contre les appelantes.

Les juridictions inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale)

À l'ouverture du procès, un *voir-dire* a été tenu au sujet de l'admissibilité en preuve des vêtements. Il a été accepté, aux fins du *voir-dire*, que la marchandise avait été volée.

Le juge du procès a souligné que, parce que la fouille avait été effectuée sans mandat, il devait se demander si l'agent Boyce avait eu des motifs raisonnables de l'effectuer. Il a conclu que le policier n'avait aucune raison de croire, objectivement ou subjectivement, que les articles contenus dans les sacs à déchets avaient été volés. On trouve l'essentiel des motifs du juge du procès dans les deux extraits suivants:

[TRADUCTION] Objectivement, je ne vois rien qui justifie l'existence de motifs raisonnables. Le policier a aperçu trois sacs à déchets verts de format moyen (2 pi sur 1 ½ pi) contenant sur le dessus des vêtements neufs portant des étiquettes de prix. Rien ne le portait à croire que tous les articles contenus dans ces sacs étaient neufs. De plus, même en supposant que tous les articles avaient été nouvellement acquis, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils avaient été probablement volés. Il ne s'ensuit pas nécessairement non plus que, du fait que les vêtements étaient dans des sacs à déchets plutôt que dans des sacs à poignées fournis par des commerçants, ils avaient probablement été volés. Je ne peux pas non plus accepter que les réponses données par les accusées à ses questions au sujet de la propriété des vêtements

which would give him reasonable cause to conclude that there was probably stolen property in the trunk of the vehicle.

. . .

In this case, Constable Boyce quite properly stopped the vehicle for speeding and detained Belnavis while he made inquiries to obtain proper identification, her driver's licence, her insurance and particulars regarding the ownership of the vehicle. These were duties imposed upon him by the Highway Traffic Act. Moreover, he acted quite reasonably in making inquiries about where the occupants were coming from, who owned the vehicle and where they were going. In the absence of identification and proper documentation, it was reasonable for him to make enquiries about whether the vehicle was stolen. I am also of the view that it was not improper for him to inquire about the contents of the bags in the light of his concern that the vehicle was stolen. I am satisfied on the evidence that those questions were asked before he received a response from the dispatcher that the vehicle was not stolen.

However, as I have said, I cannot accept that viewed objectively all of these factors would have led a reasonable man to conclude that the items were stolen. Moreover, they would not have led a reasonable man to assume, as Constable Boyce said it did, that there must be more clothing in the trunk. In my view, the search was unreasonable in the circumstances.

He concluded that even though the vehicle was properly stopped for speeding and the appellant Belnavis was correctly arrested for unpaid fines, once Constable Boyce confirmed that the vehicle was not stolen there was no reason to search it. He made no specific reference to the search of the purse. It is, however, implicit in his reasons that all seizures made by Constable Boyce were unreasonable and contravened s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In considering whether the merchandise should be excluded the trial judge referred to the relevant considerations set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. He found that the admission of the evi-

auraient, objectivement parlant, amené une personne raisonnable à conclure que ces articles avaient probablement été volés. Finalement, rien ne lui donnait un motif raisonnable de conclure qu'il y avait probablement des biens volés dans le coffre du véhicule.

. . .

En l'espèce, l'agent Boyce a eu tout à fait raison d'intercepter l'automobile pour excès de vitesse et de détériorer Belnavis pendant qu'il enquêtait en vue d'obtenir des pièces d'identité appropriées, son permis de conduire, son certificat d'assurance et des détails concernant la propriété du véhicule. Ce sont des tâches que lui impose le Code de la route. En outre, il a agi tout à fait raisonnablement en demandant aux occupants d'où elles venaient, qui était propriétaire du véhicule et où elles allaient. En l'absence de pièces d'identité et de documents appropriés, il était raisonnable qu'il cherche à savoir si le véhicule avait été volé. Je suis aussi d'avis qu'il n'était pas incorrect de sa part de chercher à savoir ce que les sacs contenaient, vu qu'il craignait que le véhicule ait été volé. Je suis convaincu, d'après la preuve soumise, qu'il a posé ces questions avant de recevoir une réponse du répartiteur que le véhicule n'avait pas été volé.

Toutefois, comme je l'ai dit, je ne puis accepter que, objectivement parlant, tous ces facteurs auraient amené une personne raisonnable à conclure que les articles avaient été volés. De plus, ils n'auraient pas amené une personne raisonnable à présumer, comme l'agent Boyce dit l'avoir fait, qu'il devait y avoir d'autres vêtements dans le coffre. À mon avis, la fouille était abusive dans les circonstances.

Le juge du procès a conclu que, même si le véhicule avait été régulièrement intercepté pour excès de vitesse et que l'appelante Belnavis avait été arrêtée en raison du non-paiement d'amendes, dès que le policier eut obtenu la confirmation que le véhicule n'avait pas été volé, il n'avait aucune raison de le fouiller. Il n'a pas parlé de la fouille de la bourse. Toutefois, il ressort implicitement de ses motifs que toutes les saisies effectuées par l'agent Boyce étaient abusives et contrevenaient à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En examinant s'il y avait lieu d'écarter les marchandises, le juge du procès a mentionné les facteurs pertinents énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a conclu que l'utilisation de

10

11

dence would not render the trial unfair. He went on, however, to find that the breach was a serious one, even though the officer did not act in bad faith. He concluded that the serious nature of the breach necessitated the exclusion of the merchandise from evidence. After he excluded the evidence, there was no other evidence of theft to tender and the appellants were acquitted.

Ontario Court of Appeal (1996), 29 O.R. (3d) 321

12 The Court of Appeal, in a unanimous decision, allowed the appeal, quashed the acquittals and ordered new trials.

13 Doherty J.A. held that there were two fundamental issues in the appeal. First, did the police conduct interfere with the reasonable expectations of privacy of either of the appellants? Second, if the answer to the first question is yes, then was that interference reasonable? He noted that the onus is on the appellants to demonstrate that they had a reasonable expectation of privacy. If the appellants cannot meet that onus, then they cannot obtain a remedy under s. 24(2) of the *Charter*, because such a remedy is only available to someone whose own rights under s. 8 have been breached. If they do meet the onus, then the Crown must show that the interference with the appellants' privacy was reasonable.

14 Lawful presence in the vehicle, in Doherty J.A.'s view, was only one factor to be considered in the assessment of a reasonable expectation of privacy, and did not *per se* create a privacy expectation with respect to the vehicle or its contents. He observed that a person may have a reasonable expectation of privacy over the place or the thing seized, or both. He was satisfied that Belnavis established a reasonable expectation of privacy in relation to the car because she had possession and control over the vehicle and the owner had consented to her use of the car. However, he found that Lawrence had not demonstrated that she had a reasonable expectation of privacy. In his view,

ces éléments de preuve ne rendrait pas le procès inéquitable. Il a ajouté, cependant, que la violation était grave, même si le policier n'avait pas agi de mauvaise foi. Il a statué que la gravité de la violation exigeait que les marchandises soient écartées de la preuve. Après qu'il eut écarté ces éléments de preuve, il n'y avait plus aucune autre preuve de vol à présenter et les appelantes ont été acquittées.

Cour d'appel de l'Ontario (1996), 29 O.R. (3d) 321

La Cour d'appel, à l'unanimité, a accueilli l'appel, annulé les acquittements prononcés et ordonné la tenue de nouveaux procès.

Le juge Doherty a décidé que l'appel soulevait deux questions fondamentales. Premièrement, la conduite de la police a-t-elle empiété sur les attentes raisonnables en matière de vie privée de l'une ou l'autre des appelantes? Deuxièmement, si la réponse à la première question est affirmative, cet empiètement était-il raisonnable? Il a fait remarquer qu'il incombait aux appelantes de démontrer qu'elles avaient une attente raisonnable en matière de vie privée. Si les appelantes ne pouvaient pas s'acquitter de cette obligation, alors elles ne pouvaient pas obtenir réparation en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, parce que cette réparation ne peut être obtenue que par une personne dont les droits garantis par l'art. 8 ont été violés. Si elles s'acquittaient de leur obligation, le ministère public devait alors montrer que l'empiètement sur la vie privée des appelantes était raisonnable.

La présence légitime dans le véhicule, selon le juge Doherty, n'était qu'un facteur à prendre en considération quant à savoir s'il existait une attente raisonnable en matière de vie privée, et ne créait pas en soi une attente en matière de vie privée relativement au véhicule ou à son contenu. Il a fait remarquer qu'une personne peut avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement au lieu ou à l'objet saisi, ou aux deux à la fois. Il était convaincu que Belnavis avait établi l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée quant à l'automobile parce qu'elle en avait la possession et le contrôle et que le propriétaire avait consenti à ce qu'elle l'utilise. Cependant, il a

because she was merely a passenger, she did not automatically have a reasonable expectation of privacy over the vehicle. He noted that there may be circumstances which would enable a passenger to establish such an expectation, but they were not present in this case.

Doherty J.A. also recognized that Lawrence could have had a reasonable expectation of privacy in the things seized, but it was incumbent upon her to demonstrate that she had an ownership interest in them. This she had not done with the result that she had no basis for alleging her s. 8 right to be free from unreasonable search had been breached.

With regard to s. 24(2), Doherty J.A. agreed with the trial judge's conclusion that the admission of the evidence would not adversely affect the fairness of the trial. He noted that the trial judge found that the breach was a serious one and reluctantly accepted this finding of fact. He did comment, however, at p. 349, that:

The seriousness of the breach is somewhat mitigated by several factors. The place searched was an automobile and Ms. Belnavis' somewhat limited expectation of privacy was further attenuated by the lawful stopping and detention of the vehicle. Ms. Belnavis was lawfully detained throughout the process and unlike many cases involving an unreasonable search, there was no pattern of police conduct suggesting a disregard for her constitutional rights. But for the improper search, Ms. Belnavis was treated in an entirely proper manner by the police.

Doherty J.A. found that the exclusion of the evidence would have negative consequences for the administration of justice because it was essential to the prosecution and was completely reliable. While the charges were not of the most serious nature, there was a sufficient quantity of merchandise to suggest something beyond an isolated act of petty theft. He concluded that Ms. Belnavis did not

conclu que Lawrence n'avait pas démontré qu'elle avait une attente raisonnable en matière de vie privée. À son avis, parce qu'elle n'était qu'une passagère, elle n'avait pas automatiquement une attente raisonnable en matière de vie privée quant au véhicule. Il a fait remarquer que, dans certaines circonstances, un passager pourrait établir l'existence d'une telle attente, mais que ce n'était pas le cas en l'espèce.

Le juge Doherty a aussi reconnu que Lawrence aurait pu avoir une attente raisonnable en matière de vie privée quant aux objets saisis, mais qu'il lui appartenait de démontrer qu'elle avait un droit de propriété sur eux. Étant donné qu'elle ne l'a pas fait, rien ne la justifiait d'alléguer qu'il y avait eu violation du droit à la protection contre les fouilles ou perquisitions abusives que lui garantissait l'art. 8.

En ce qui concerne le par. 24(2), le juge Doherty était d'accord avec le juge du procès pour dire que l'utilisation des éléments de preuve ne compromettrait pas l'équité du procès. Il a souligné que le juge du procès avait conclu que la violation était grave, et c'est avec réticence qu'il a accepté cette conclusion de fait. Il a toutefois fait observer, à la p. 349:

[TRADUCTION] Plusieurs facteurs atténuent quelque peu la gravité de la violation. La fouille a été effectuée dans une automobile et l'attente plutôt limitée de M^{me} Belnavis en matière de vie privée a été diminuée davantage par l'interception légale de l'automobile. La détention de M^{me} Belnavis pendant toute la période en cause était légale et, contrairement à beaucoup d'affaires où il y a eu fouille ou perquisition abusive, il n'y a eu aucun comportement policier qui laissait supposer un mépris des droits constitutionnels de M^{me} Belnavis. Abstraction faite de la fouille ou perquisition irrégulière, M^{me} Belnavis a été traitée tout à fait correctement par la police.

Le juge Doherty a statué que l'exclusion des éléments de preuve aurait des conséquences négatives sur l'administration de la justice parce que ces éléments de preuve étaient essentiels à la poursuite et qu'ils étaient tout à fait fiables. Bien que les accusations n'aient pas été des plus graves, il y avait suffisamment de marchandises pour donner à penser qu'il s'agissait de quelque chose de plus qu'un

15

16

17

demonstrate on the balance of probabilities that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Therefore, he held that the evidence should not have been excluded.

Issues

- 18
- (1) Did the appellant Lawrence have a reasonable expectation of privacy engaged by the search and seizure?
 - (2) Should the evidence be excluded under s. 24(2) of the *Charter*?

Analysis

Did Lawrence Have a Reasonable Expectation of Privacy?

- 19
- Both parties to this appeal concede that as the driver of the car with the apparent permission of the owner to be driving, Belnavis had a reasonable expectation of privacy in the vehicle and thus could advance a claim that her s. 8 *Charter* rights were violated by the police search and seizure of articles. However, it is more difficult to determine whether Lawrence, as a passenger in the car, had a reasonable expectation of privacy. The trial judge appeared to presume that she did. However, relying upon this Court's decision in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, Doherty J.A. concluded that she did not. I agree with his conclusion.

- 20
- In *Edwards*, the police sought to introduce evidence collected in a warrantless search of the apartment of the girlfriend of the accused. The question was whether Edwards, as opposed to his girlfriend, had a reasonable expectation of privacy in her apartment such that his s. 8 rights were violated by the search. The reasons of the majority set out the following framework for the s. 8 analysis, at para. 45:

larcin isolé. Il a conclu que M^{me} Belnavis n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a donc statué que les éléments de preuve n'auraient pas dû être écartés.

Questions en litige

- (1) L'appelante Lawrence avait-elle une attente raisonnable en matière de vie privée sur laquelle la fouille et la saisie ont empiété?
- (2) Les éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Analyse

Lawrence avait-elle une attente raisonnable en matière de vie privée?

Les deux parties au présent pourvoi admettent qu'en sa qualité de conductrice de l'automobile, qui avait apparemment obtenu du propriétaire la permission de la conduire, Belnavis pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule et que, par conséquent, elle pouvait prétendre que ses droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* avaient été violés par la fouille et la saisie d'articles effectuées par la police. Il est toutefois plus difficile de déterminer si, Lawrence, à titre de passagère de l'automobile, avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Le juge du procès paraît avoir présumé qu'elle avait une telle attente. Cependant, s'appuyant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, le juge Doherty de la Cour d'appel a conclu qu'elle n'en avait pas. Je suis d'accord avec sa conclusion.

Dans l'arrêt *Edwards*, la police avait cherché à déposer des éléments de preuve recueillis lors d'une perquisition sans mandat effectuée dans l'appartement de son amie. La question était de savoir si Edwards, contrairement à son amie, pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de cette dernière, de sorte que ses droits garantis par l'art. 8 avaient été violés par la perquisition. Les motifs des juges majoritaires établissent le cadre suivant pour l'analyse fondée sur l'art. 8, au par. 45:

A review of the recent decisions of this Court and those of the U.S. Supreme Court, which I find convincing and properly applicable to the situation presented in the case at bar, indicates that certain principles pertaining to the nature of the s. 8 right to be secure against unreasonable search or seizure can be derived. In my view, they may be summarized in the following manner:

1. A claim for relief under s. 24(2) can only be made by the person whose *Charter* rights have been infringed.
 2. Like all *Charter* rights, s. 8 is a personal right. It protects people and not places.
 3. The right to challenge the legality of a search depends upon the accused establishing that his personal rights to privacy have been violated.
 4. As a general rule, two distinct inquiries must be made in relation to s. 8. First, has the accused a reasonable expectation of privacy. Second, if he has such an expectation, was the search by the police conducted reasonably.
 5. A reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances.
 6. The factors to be considered in assessing the totality of the circumstances may include, but are not restricted to, the following:
 - (i) presence at the time of the search;
 - (ii) possession or control of the property or place searched;
 - (iii) ownership of the property or place;
 - (iv) historical use of the property or item;
 - (v) the ability to regulate access, including the right to admit or exclude others from the place;
 - (vi) the existence of a subjective expectation of privacy; and
 - (vii) the objective reasonableness of the expectation.
 7. If an accused person establishes a reasonable expectation of privacy, the inquiry must proceed to the second stage to determine whether the search was conducted in a reasonable manner. [References omitted.]
- Un examen des arrêts récents de notre Cour et de ceux de la Cour suprême des États-Unis, que j'estime convaincants et applicables à bon droit à la situation dont nous sommes saisis, indique qu'il est possible de dégager certains principes quant à la nature du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti par l'art. 8. J'estime qu'ils peuvent être résumés de la façon suivante:
1. Une demande de réparation fondée sur le par. 24(2) ne peut être présentée que par la personne dont les droits garantis par la *Charte* ont été violés.
 2. Comme tous les droits garantis par la *Charte*, l'art. 8 est un droit personnel. Il protège les personnes et non les lieux.
 3. Le droit d'attaquer la légalité d'une fouille ou perquisition dépend de la capacité de l'accusé d'établir qu'il y eu violation de son droit personnel à la vie privée.
 4. En règle générale, deux questions distinctes doivent être posées relativement à l'art. 8. Premièrement, l'accusé pouvait-il raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée? Deuxièmement, si tel est le cas, la fouille ou la perquisition a-t-elle été effectuée de façon raisonnable par la police?
 5. L'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l'ensemble des circonstances.
 6. Les facteurs qui peuvent être pris en considération dans l'appréciation de l'ensemble des circonstances incluent notamment:
 - (i) la présence au moment de la perquisition;
 - (ii) la possession ou le contrôle du bien ou du lieu faisant l'objet de la fouille ou de la perquisition;
 - (iii) la propriété du bien ou du lieu;
 - (iv) l'usage historique du bien ou de l'article;
 - (v) l'habilité à régir l'accès au lieu, y compris le droit d'y recevoir ou d'en exclure autrui;
 - (vi) l'existence d'une attente subjective en matière de vie privée;
 - (vii) le caractère raisonnable de l'attente, sur le plan objectif.
 7. Si l'accusé établit l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut alors, dans un deuxième temps, déterminer si la perquisition ou la fouille a été effectuée de façon raisonnable. [Références omises.]

21

It was concluded that Edwards had not demonstrated that he had a reasonable expectation of privacy in his girlfriend's apartment. Even though he had a key to the apartment and was a visitor over the three-year period that they had been dating, this was insufficient to establish an expectation of privacy. It was noted, at para. 47, that Edwards' girlfriend described him as "just a visitor" who stayed over occasionally, and that he was described in the courts below as "no more than an especially privileged guest". In addition, Edwards did not contribute to the rent or household expenses of the apartment, although he did keep a few personal belongings there. Finally, Edwards had no authority to regulate access to the apartment.

22

The approach outlined in *Edwards* makes it clear that the question as to whether a passenger will have a reasonable expectation of privacy in a vehicle will depend upon the totality of the circumstances. All of the relevant facts surrounding a passenger's presence in the vehicle will have to be considered in order to determine whether the passenger had a reasonable expectation of privacy. In this case, although Lawrence was present at the time of the search, there are few other factors which would suggest she had an expectation of privacy in the vehicle. First, her connection to the vehicle was extremely tenuous. She did not own the vehicle, she was merely a passenger in a car driven by a friend of the owner of the vehicle. There was no evidence that she had any control over the vehicle, nor that she had used it in the past or had any relationship with the owner or driver which would establish some special access to or privilege in regard to the vehicle. Lawrence did not demonstrate any ability to regulate access to the vehicle. Finally, there was no evidence that she had a subjective expectation of privacy in the vehicle. I agree with Doherty J.A. that the trial judge erred by apparently presuming that a passenger would have a reasonable expectation of privacy in a vehicle and in failing to consider the totality of the circumstances, the approach set out in *Edwards*. The facts of the case demonstrate that

Il a été conclu qu'Edwards n'avait pas démontré qu'il pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans l'appartement de son amie. Même s'il avait une clé de l'appartement et qu'il s'y était trouvé comme visiteur pendant la période de trois ans au cours de laquelle ils s'étaient fréquentés, cela était insuffisant pour établir l'existence d'une attente en matière de vie privée. Il a été noté, au par. 47, que l'amie d'Edwards avait déclaré qu'il [TRADUCTION] «n'était qu'un visiteur» qui restait chez elle à l'occasion, et les tribunaux d'instance inférieure avaient dit de lui qu'il [TRADUCTION] «n'était qu'un invité particulièrement privilégié». En outre, Edwards ne contribuait pas au paiement du loyer et des dépenses du ménage, même s'il y laissait effectivement quelques objets personnels. Enfin, Edwards n'avait aucun pouvoir de régir l'accès à l'appartement.

L'approche exposée dans l'arrêt *Edwards* indique clairement que la question de savoir si un passager peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans un véhicule dépend de l'ensemble des circonstances. Tous les faits pertinents entourant la présence d'un passager dans le véhicule doivent être pris en considération pour déterminer si le passager avait une attente raisonnable de matière de vie privée. En l'espèce, bien que Lawrence ait été présente au moment de la fouille, il y a peu d'autres facteurs qui donnent à penser qu'elle pouvait s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule. Premièrement, son lien avec le véhicule était extrêmement ténue. Le véhicule ne lui appartenait pas, elle n'était que la passagère d'une automobile conduite par une amie du propriétaire. Il n'y avait aucune preuve qu'elle exerçait un contrôle sur le véhicule, qu'elle l'avait utilisé dans le passé ou qu'elle avait avec le propriétaire ou la conductrice une relation qui établirait l'existence d'un accès spécial au véhicule ou d'un privilège s'y rapportant. Lawrence n'a pas démontré qu'elle était capable de régir l'accès au véhicule. Finalement, il n'y avait aucune preuve qu'elle pouvait s'attendre subjectivement au respect de sa vie privée dans le véhicule. Je suis d'accord avec le juge Doherty pour dire que le juge du procès a commis une erreur en présumant apparemment qu'un passager pourrait raisonnablement

Lawrence did not have a reasonable expectation of privacy in the vehicle.

However there may well be other situations in which a passenger could establish a reasonable expectation of privacy in a vehicle. As Doherty J.A. stated at the Court of Appeal, at p. 334:

There may be other circumstances, such as the relationship between the owner and the passenger, or the terms on which the passenger came to be a passenger, that will support the contention that a passenger had a reasonable expectation of privacy in relation to the vehicle. . . .

For example, in many cases there would be little difference in the expectation of privacy for the owner-operator of a car and that of his or her spouse. Similarly, if two people were travelling together on an extended journey and were sharing driving responsibilities and expenses, each would be likely to have an equal expectation of privacy in the vehicle.

The only other manner in which Lawrence could claim a violation of her s. 8 rights is if she could demonstrate a reasonable expectation of privacy in relation to the items seized, specifically, the bags of merchandise. This she could not do. When asked about the three garbage bags in the back seat of the car, Lawrence stated only that each of the occupants of the vehicle owned one of the bags. She did not identify one of the bags as hers, or make any gesture which suggested that she claimed one bag in particular as her own. Nor was there anything on the exterior of any of the bags to indicate a connection to Lawrence. A garbage bag is very different from a suitcase with initials displayed or a kit bag with a name on it. A green garbage bag offers no hints that it has a particular owner. And a garbage bag filled with brand new clothes with price tags still affixed is both anonymous and suspicious. In short, there was nothing to

s'attendre au respect de sa vie privée dans un véhicule, et en omettant de prendre en considération l'ensemble des circonstances, soit l'approche énoncée dans l'arrêt *Edwards*. Les faits de l'affaire démontrent que Lawrence ne pouvait pas raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule.

Cependant, il peut bien y avoir d'autres cas où un passager pourrait établir qu'il pouvait raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée dans le véhicule où il prenait place. Comme le juge Doherty l'a affirmé en Cour d'appel, à la p. 334:

[TRADUCTION] Il pourra y avoir d'autres facteurs, comme la relation entre le propriétaire et le passager ou les conditions de la présence même du passager, qui permettront de soutenir que le passager avait une attente raisonnable en matière de vie privée quant au véhicule . . .

Par exemple, dans bien des cas, il y aurait peu de différence entre l'attente en matière de vie privée du propriétaire-conducteur d'une automobile et celle de son conjoint. De même, deux personnes qui feraient ensemble un long voyage et qui partageraient la conduite et les dépenses pourraient probablement s'attendre toutes les deux au même respect de leur vie privée dans leur véhicule.

La seule autre façon dont Lawrence pourrait alléguer qu'il y a eu violation de ses droits garantis par l'art. 8 serait de démontrer qu'elle avait une attente raisonnable en matière de vie privée quant aux articles saisis, soit les sacs de marchandises, ce qu'elle a été incapable de faire. Lorsqu'on lui a posé des questions concernant les trois sacs à déchets placés sur le siège arrière de l'automobile, Lawrence a seulement répondu que chacune des occupantes de l'automobile en possédait un. Elle n'a pas précisé quel sac lui appartenait ni posé aucun geste qui aurait donné à entendre qu'elle revendiquait la propriété d'un sac en particulier. Rien sur l'extérieur des sacs n'indiquait non plus l'existence d'un lien avec Lawrence. Un sac à déchets est très différent d'une mallette portant des initiales ou d'un sac à fourbi sur lequel un nom est inscrit. Un sac à déchets vert n'indique pas qu'il appartient à quelqu'un en particulier. Et un sac à

23

24

indicate that she had an expectation of privacy in relation to any particular bag.

déchets rempli de vêtements flambant neufs portant encore des étiquettes de prix est à la fois anonyme et suspect. Bref, rien n'indiquait qu'elle avait une attente en matière de vie privée quant à un sac en particulier.

25 I find it impossible to conclude that Lawrence had any expectation of privacy, either in relation to the vehicle or in relation to the items seized. Therefore, she cannot claim a violation of her s. 8 rights. I would dismiss her appeal.

Il m'est impossible de conclure que Lawrence avait quelque attente en matière de vie privée, soit quant à l'automobile, soit quant aux articles saisis. Par conséquent, elle ne peut pas alléguer qu'il y a eu violation de ses droits garantis par l'art. 8. Je suis d'avis de rejeter son pourvoi.

Should the Evidence be Excluded Under s. 24(2) of the Charter?

Les éléments de preuve devraient-ils être écartés en vertu du par. 24(2) de la Charte?

26 Both parties conceded that the appellant Belnavis had a privacy right in relation to the car. The Crown did not argue that the courts below erred in finding that the warrantless search violated her s. 8 rights. Rather it proceeded directly to the analysis under s. 24(2), and submitted that the evidence should have been admitted despite the *Charter* violation. I agree that to search the vehicle without a warrant constituted a breach of s. 8.

Les deux parties ont admis que l'appelante Belnavis avait un droit à la vie privée relativement à l'automobile. Le ministère public n'a pas fait valoir que les tribunaux d'instance inférieure avaient commis une erreur en concluant que la fouille sans mandat avait violé les droits de l'appelante garantis par l'art. 8. Il a plutôt directement entrepris de faire une analyse fondée sur le par. 24(2) et a soutenu que les éléments de preuve auraient dû être utilisés malgré la violation de la *Charte*. Je suis d'accord pour dire que fouiller le véhicule sans mandat constituait une violation de l'art. 8.

27 However, in proceeding to the analysis under s. 24(2) I must stress that I find it difficult to understand why the trial judge concluded that the officer lacked reasonable and probable grounds to search the vehicle. There is both an objective and a subjective component to reasonable and probable grounds, and I believe they were both established. The reasonable and probable grounds for the search must then inform the assessment of the seriousness of the *Charter* breach, when determining whether to admit the evidence under s. 24(2).

Toutefois, en effectuant l'analyse fondée sur le par. 24(2), je dois souligner qu'il m'est difficile de comprendre pourquoi le juge du procès a conclu que le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule. Les motifs raisonnables et probables comportent à la fois un élément objectif et un élément subjectif, et je crois que l'existence des deux éléments a été établie. Les motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille doivent donc être à la base de l'évaluation de la gravité de la violation de la *Charte*, au moment de décider s'il y a lieu d'utiliser la preuve en vertu du par. 24(2).

28 There is no question that Constable Boyce properly stopped the vehicle for a speeding violation. Once the car had been pulled over and the driver said she did not have any ownership information, the officer had every right to look for documents

Il n'y a pas de doute que l'agent Boyce a intercepté à bon droit le véhicule pour excès de vitesse. Une fois que la voiture eut été immobilisée sur l'accotement et que la conductrice eut affirmé qu'elle ne disposait d'aucun renseignement

pertaining to the ownership or registration of the vehicle. Similarly, he had the right to open the back door and look into the rear of the vehicle for safety reasons and to speak with the passenger in the back seat. See *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 623. The garbage bags full of new clothes with the price tags still attached were then in plain view in the back seat.

When he saw the clothing in the bags in the back seat of the car, Constable Boyce asked Lawrence who owned them. Lawrence said that each of the women owned one bag. He then returned to his cruiser where Belnavis was waiting and asked her the same question. She replied that the bags were in the car when she picked it up.

In my view, upon seeing three garbage bags full of new clothing with price tags on them, and after receiving conflicting stories about their ownership, an objective observer would find that the officer had reasonable and probable grounds to believe that the bags contained stolen property. Further, Lawrence was somewhat crowded in the back seat by the three bags of clothing. As a result of that observation, a reasonable person would have good cause to believe that the trunk might contain more stolen clothing. Despite all this cogent evidence the trial judge concluded that when “viewed objectively” this did not amount to reasonable and probable grounds for the search. This conclusion as to the lack of objective grounds I find difficult to accept.

Turning to the subjective belief of the officer, the Court of Appeal noted that Constable Boyce was never specifically asked at the *voir dire* whether he thought he had reasonable and probable grounds to believe that the goods were stolen prior to searching the trunk. At the preliminary inquiry, Constable Boyce did testify that he believed he had reasonable and probable grounds to suspect the merchandise in the back seat was

concernant la propriété du véhicule, le policier avait tous les droits de chercher des documents concernant la propriété ou l'immatriculation du véhicule. De même, il avait le droit d'ouvrir la portière arrière et de jeter un coup d'œil à l'intérieur du véhicule pour des raisons de sécurité et pour parler avec la passagère qui prenait place sur le siège arrière. Voir *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 623. Les sacs à déchets remplis de vêtements neufs portant encore des étiquettes de prix étaient bien en vue sur le siège arrière.

Lorsqu'il a aperçu les vêtements dans les sacs sur le siège arrière de l'automobile, l'agent Boyce a demandé à Lawrence à qui ils appartenaient. Lawrence a répondu que chacune d'elles possédait un sac. Il est ensuite retourné à sa voiture patrouille où Belnavis l'attendait et lui a posé la même question. Elle a répondu que les sacs étaient dans l'automobile lorsqu'elle l'avait prise.

Selon moi, un observateur objectif conclurait que, après avoir aperçu trois sacs à déchets remplis de vêtements neufs portant des étiquettes de prix et après avoir reçu des réponses contradictoires quant à la propriété de ces sacs, le policier avait des motifs raisonnables et probables de croire que les sacs contenaient des biens volés. De plus, Lawrence se trouvait quelque peu à l'étroit à l'arrière de l'automobile en raison de la présence des trois sacs de vêtements. À la suite de cette observation, une personne raisonnable aurait de bonnes raisons de croire que le coffre pourrait contenir d'autres vêtements volés. En dépit de toute cette preuve forte, le juge du procès a conclu que, [TRADUCTION] «objectivement», cela ne constituait pas des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille en cause. Je trouve difficile d'accepter cette conclusion d'absence de motifs objectifs.

En ce qui concerne la croyance subjective du policier, la Cour d'appel a souligné que, lors du *voir-dire*, on n'avait jamais demandé à l'agent Boyce si, avant de fouiller le coffre, il pensait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que la marchandise avait été volée. À l'enquête préliminaire, l'agent Boyce avait témoigné qu'il croyait, lorsqu'il a décidé d'ouvrir le coffre, avoir des motifs raisonnables et probables de soupçonner

29

30

31

stolen when he decided to open the trunk. However, when he set out the grounds for his belief, Constable Boyce referred to the appellants' inability to produce receipts for any of the material. Yet the appellants were not asked for receipts until they returned to the police station, and the trial judge found that the trunk was opened at the roadside. Therefore, if the officer's belief that he had reasonable and probable grounds depended upon the appellants' inability to produce receipts then he would not have had reasonable grounds prior to making the search.

32 Nevertheless, the following exchange from the cross-examination of Constable Boyce at trial supports and, I believe, confirms the position that the officer did believe that he had reasonable grounds for opening the trunk even before he knew of the absence of receipts:

Q. And the reason you opened the trunk was what, you figured because it was three garbage bags in the car that it was sort of like a hunch that there might be more stuff in the car?

A. Indirectly I felt that the three bags which were in the car were stolen, was stolen property. I felt that the passenger Lawrence obviously had to sit somewhere, namely in the back seat. She was crowded by the three garbage bags and that any more stolen property would of course be in the trunk and it seemed logical in police work to check the trunk. [Emphasis added.]

This portion of the transcript amounts to a clear assertion of a subjective belief in reasonable and probable grounds.

33 Moreover, the trial judge treated the officer as having a subjective belief that he had reasonable and probable grounds for conducting the search. This is confirmed by the following extract from his reasons:

que la marchandise sur le siège arrière était de la marchandise volée. Cependant, lorsqu'il a exposé les raisons qui l'avaient poussé à croire cela, l'agent Boyce a mentionné l'incapacité des appelantes de lui produire des reçus pour ces articles. Pourtant, ce n'est qu'une fois arrivées au poste de police que les appelantes se sont vu demander des reçus, et le juge du procès a conclu que le coffre avait été ouvert en bordure de la route. En conséquence, si la croyance du policier qu'il avait des motifs raisonnables et probables dépendait de l'incapacité des appelantes de produire des reçus, alors il n'aurait pas eu de motifs raisonnables avant d'effectuer la fouille en cause.

Néanmoins, l'échange suivant survenu lors du contre-interrogatoire de l'agent Boyce au procès étaye et, à mon avis, confirme le point de vue suivant lequel le policier croyait effectivement avoir des motifs raisonnables d'ouvrir le coffre même avant de prendre connaissance de l'absence de reçus:

[TRADUCTION]

Q. Et quelle était la raison pour laquelle vous avez ouvert le coffre, vous avez pensé que parce qu'il y avait trois sacs à déchets dans l'automobile, vous avez eu une sorte de pressentiment qu'il pouvait y en avoir d'autres dans l'automobile?

R. Indirectement, j'avais le sentiment que les trois sacs à déchets qui étaient dans l'automobile avaient été volés, qu'ils contenaient des biens volés. J'ai estimé que la passagère Lawrence devait évidemment s'asseoir quelque part, à savoir sur le siège arrière, les trois sacs à déchets ne lui laissant que très peu de place, et que toute autre marchandise volée se trouverait naturellement dans le coffre et qu'il semblait logique dans le travail de policier de vérifier le coffre. [Je souligne.]

Cette partie de la transcription constitue une affirmation claire de croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables.

De plus, le juge du procès a considéré que l'agent Boyce avait cru subjectivement avoir des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille en question. L'extrait suivant de ses motifs le confirme:

Constable Boyce said that he found it unusual that new clothing was stuffed in three garbage bags to the brim. This coupled with the inconsistent responses as to ownership plus the fact that the accused had travelled from New York to Kitchener via London gave him reasonable grounds to believe that the items were stolen.

It appears to me that the officer did indeed have a subjective belief that the property was stolen.

However, we are left with the trial judge's specific finding that when viewed objectively, the officer did not have reasonable and probable grounds for the search. Doherty J.A. stated, at p. 348, that he was deferring to this conclusion "after some hesitation". I would go further. In my view, this is a finding of fact which could well be characterized as unreasonable. However, whether or not the search was based on reasonable and probable grounds, a consideration of all of the circumstances in the context of a s. 24(2) analysis leads to the conclusion that the evidence obtained as a result of the search should be admitted.

The law regarding s. 24(2) has been recently clarified by this Court in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. There it was confirmed that there are still three sets of factors to be considered in deciding whether to admit evidence obtained in violation of the *Charter*. They are the effect of admission on the fairness of the trial, the seriousness of the *Charter* breach, and the effect of the exclusion of the evidence on the reputation of the administration of justice. The majority in *Stillman*, at para. 68, also reiterated the traditional position regarding appellate review of a trial judge's findings regarding s. 24(2):

... appellate courts should only intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis when that court has made "some apparent error as to the applicable principles or rules of law" or has made an unreasonable finding. . . .

[TRADUCTION] L'agent Boyce a dit qu'il trouvait inhabituel que des sacs à déchets soient remplis à ras bord de vêtements neufs. Ajouté aux réponses incohérentes au sujet de la propriété et au fait que les accusées, qui étaient parties de New York et se dirigeaient vers Kitchener, en passant par London, cela lui donnait des motifs raisonnables de croire que les articles avaient été volés.

Il m'apparaît que le policier avait effectivement une croyance subjective que les biens avaient été volés.

Il nous reste, cependant, à examiner la conclusion expresse du juge du procès que, objectivement parlant, le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille en cause. Le juge Doherty a affirmé, à la p. 348, qu'il s'en remettait à cette conclusion [TRADUCTION] «après quelque hésitation». J'irais plus loin que cela. Selon moi, il s'agit d'une conclusion de fait qui pourrait bien être qualifiée de déraisonnable. Cependant, peu importe que cette fouille ait été fondée ou non sur des motifs raisonnables et probables, l'examen de toutes les circonstances, dans le contexte d'une analyse fondée sur le par. 24(2), amène à conclure qu'il y a lieu d'utiliser la preuve obtenue grâce à la fouille effectuée.

Notre Cour a récemment clarifié le droit relatif au par. 24(2), dans l'arrêt *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Il y a été confirmé qu'il y a encore trois ensembles de facteurs à prendre en considération pour décider s'il y a lieu d'utiliser des éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte*. Ce sont l'effet de l'utilisation sur l'équité du procès, la gravité de la violation de la *Charte* et l'incidence de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Les juges majoritaires, au par. 68 de l'arrêt *Stillman*, ont aussi réitéré le point de vue traditionnel concernant l'examen en appel des conclusions d'un juge du procès relativement au par. 24(2):

... les cours d'appel ne devraient intervenir, relativement à l'analyse qu'un tribunal d'instance inférieure a effectuée en vertu du par. 24(2), que si ce tribunal a commis une «erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables» ou s'il a tiré une conclusion déraisonnable . . .

I will review the trial judge's decision on s. 24(2) with this need for caution in mind.

Trial Fairness

36 The first consideration in deciding whether to admit evidence under s. 24(2) is whether admission would tend to render the trial unfair. On the facts of this case, trial fairness is not in issue. The first step in deciding whether or not the admission of evidence leads to trial unfairness is to determine whether the evidence in question is conscriptive. Conscriptive evidence is described in *Stillman* in the following manner at para. 80:

Evidence will be conscriptive when an accused, in violation of his *Charter* rights, is compelled to incriminate himself at the behest of the state by means of a statement, the use of the body or the production of bodily samples.

There is no doubt that the evidence in this case was not conscriptive. The merchandise, allegedly stolen, was not obtained through any compelled participation of the appellants, and the evidence in question was not a statement of any kind. Therefore, I agree with the trial judge's conclusion that the admission of the evidence would not render the trial unfair.

Seriousness of the Breach

37 The next consideration is the seriousness of the breach. The trial judge dealt with this point only briefly, and concluded that the breach was a serious one:

... in my view the search of the bags, without reasonable grounds, particularly the search of the trunk of the vehicle, was a serious one. I do not for one moment suggest that there was any bad faith on the part of Constable Boyce. Nevertheless, in the circumstances it constitutes in my view a serious *Charter* violation that would bring the administration of justice into disrepute if the evidence was admitted.

C'est en ayant à l'esprit ce besoin de circonspection que je vais examiner la décision du juge du procès sur le par. 24(2).

L'équité du procès

Le premier élément à considérer pour décider s'il y a lieu d'utiliser des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) est la question de savoir si leur utilisation tendrait à rendre le procès inéquitable. D'après les faits de la présente affaire, l'équité du procès n'est pas en cause. La première étape pour décider si l'utilisation d'éléments de preuve rendrait le procès inéquitable consiste à déterminer si les éléments de preuve en question ont été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même, au sens donné à ces termes au par. 80 de l'arrêt *Stillman*:

La preuve est obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même lorsque l'accusé, en violation de ses droits garantis par la *Charte*, est forcé de s'incriminer sur l'ordre de l'État au moyen d'une déclaration, de l'utilisation de son corps ou de la production de substances corporelles.

Il n'y a pas de doute que les éléments de preuve, en l'espèce, n'ont pas été obtenus en mobilisant les appelantes contre elles-mêmes. La marchandise, qui aurait été volée, n'a pas été obtenue grâce à la participation forcée des appelantes et la preuve en question n'était pas une déclaration quelconque. Par conséquent, je suis d'accord avec la conclusion du juge du procès que l'utilisation des éléments de preuve ne rendrait pas le procès inéquitable.

La gravité de la violation

Le deuxième élément à prendre en considération est la gravité de la violation. Le juge du procès ne s'est penché que brièvement sur cette question et a conclu qu'une violation grave avait été commise:

[TRADUCTION] ... selon moi, la fouille des sacs, sans motif raisonnable, plus particulièrement la fouille du coffre du véhicule, était grave. Je ne veux absolument pas laisser entendre qu'il y a eu de la mauvaise foi de la part de l'agent Boyce. Néanmoins, dans les circonstances, cela constitue quant à moi une grave violation de la *Charte* qui ferait en sorte que l'administration de la justice serait déconsidérée si les éléments de preuve étaient utilisés.

Doherty J.A. expressed some concerns about this conclusion, but in the end he deferred to the trial judge's conclusion. I cannot do so. I believe the trial judge's conclusion was, for the reasons which follow, unreasonable, and cannot stand.

First, I believe the trial judge failed to take into account the reduced expectation of privacy in a motor vehicle. As the majority of this Court stated in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 534, the expectation of privacy in a vehicle cannot be as high as that in a home or office:

Society... requires and expects protection from drunken drivers, speeding drivers and dangerous drivers. A reasonable level of surveillance of each and every motor vehicle is readily accepted, indeed demanded, by society to obtain this protection. All this is set out to emphasize that, although there remains an expectation of privacy in automobile travel, it is markedly decreased relative to the expectation of privacy in one's home or office. [Emphasis added.]

A person can expect that his home can and should be a safe castle of privacy. A person cannot possibly have the same expectation of a vehicle. Vehicular traffic must be regulated, with opportunities for inspection to protect public safety. A dangerous car is a threat to those on or near our roads. The reasonable expectation of privacy in a car must, from common experience and for the good of all, be greatly reduced. The high expectation of privacy attaching to the home may well extend to an attached garage, but it should not extend to the car within when it leaves the premises.

Le juge Doherty a exprimé certaines craintes au sujet de cette conclusion, mais, en définitive, il s'en est remis à la conclusion du juge du procès, ce que je ne puis faire. Je crois que la conclusion du juge du procès était, pour les motifs qui suivent, déraisonnable et qu'elle ne saurait tenir.

Premièrement, je crois que le juge du procès n'a pas tenu compte du fait que l'attente en matière de vie privée est moindre lorsqu'on se trouve dans un véhicule à moteur. Comme les juges majoritaires de notre Cour l'ont dit dans l'arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, à la p. 534, l'attente en matière de vie privée d'une personne qui se trouve dans un véhicule ne peut pas être aussi grande que celle d'une personne qui se trouve dans sa maison ou au bureau:

La société exige et espère [...] une certaine protection contre les conducteurs ivres ou dangereux ou encore contre ceux qui commettent des excès de vitesse. Afin d'obtenir cette protection, la société est disposée à accepter et même à exiger un niveau raisonnable de surveillance de chaque véhicule à moteur. Ces facteurs permettent de souligner que, bien qu'il subsiste une certaine attente en matière de respect de la vie privée lorsqu'on circule en automobile, cette attente est manifestement moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau. [Je souligne.]

Une personne peut s'attendre à ce que sa maison puisse servir et serve de rempart à sa vie privée. Quelqu'un ne peut absolument pas avoir la même attente relativement à un véhicule. La circulation automobile doit être assujettie à une réglementation qui permet d'effectuer des inspections afin d'assurer la sécurité du public. Une automobile dangereuse est une menace contre les personnes qui se trouvent sur la route ou près de la route. L'attente raisonnable en matière de vie privée, qu'a la personne qui se trouve dans une automobile, doit, selon l'expérience générale et pour le bien de tous, être sensiblement moindre. L'attente importante en matière de vie privée de la personne qui se trouve à la maison peut bien s'appliquer à un garage attenant, mais elle ne saurait s'appliquer à l'automobile qui s'y trouve lorsqu'elle quitte les lieux.

38

39

40 Turning now to the facts of this case and applying the guidelines in *Edwards*, I would note that Belnavis did not own the car and there was no evidence of her historical use of the vehicle. Therefore, not only does she begin with a greatly reduced expectation of privacy because her claim is in relation to a vehicle, that expectation is then further reduced because her relative privacy interest in this particular vehicle is low. This greatly reduced expectation of privacy should have had a significant impact on the trial judge's assessment of the seriousness of the breach, yet it appears that he has not even taken it into consideration. Obviously, the degree of the seriousness of the breach will increase the greater the expectation of privacy. Clearly the converse must also be true.

41 Secondly, the trial judge failed to take into consideration the totality of the circumstances in concluding that the breach was a serious one. It is important to remember that the stopping of Belnavis for speeding and her subsequent arrest on an outstanding warrant was proper in every respect. The vehicle was not stopped and searched arbitrarily, which would clearly have made the breach more serious, as discussed in *Mellenthin*, *supra*, at pp. 628-30. Here the car was stopped because the appellants were travelling at 130 km/h in a 100 km/h zone. The officer treated the appellants politely. The breach itself was isolated and brief. All these factors indicate that there was no ongoing disregard for the appellants' Charter rights, which was of considerable significance in such cases as *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, and *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548. The breach was in no way deliberate, wilful or flagrant. Indeed the trial judge explicitly emphasized that the officer acted entirely in good faith. All of these factors serve to reduce the seriousness of the violation.

42 Finally, for the reasons outlined earlier, I believe that the officer did objectively have and subjectively believed he had reasonable and proba-

Passant maintenant aux faits de la présente affaire et leur appliquant les lignes directrices de l'arrêt *Edwards*, je constate que Belnavis n'était pas propriétaire de l'automobile et qu'il n'y avait aucune preuve qu'elle l'avait déjà utilisée. Par conséquent, non seulement commence-t-elle avec une attente en matière de vie privée beaucoup moindre parce que son argument concerne un véhicule, mais encore cette attente est d'autant plus réduite que le droit relatif à la vie privée qu'elle possède dans ce véhicule particulier est faible. Cette attente beaucoup moindre en matière de vie privée aurait dû avoir une incidence marquée sur l'évaluation, par le juge du procès, de la gravité de la violation; pourtant, il appert qu'il n'en a même pas tenu compte. De toute évidence, plus l'attente en matière de vie privée est grande, plus la violation est grave. Il est clair que l'inverse doit aussi être vrai.

Deuxièmement, le juge du procès n'a pas pris en considération l'ensemble des circonstances pour conclure que la violation était grave. Il importe de se rappeler que l'interpellation de Belnavis pour excès de vitesse et son arrestation subséquente en vertu d'un mandat non exécuté étaient régulières à tout point de vue. Le véhicule n'a pas été intercepté et fouillé arbitrairement, ce qui aurait clairement aggravé la violation, tel qu'analysé dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, aux pp. 628 à 630. En l'espèce, l'automobile a été interceptée parce que les appelantes circulaient à 130 km/h dans une zone de 100km/h. Le policier a traité les appelantes poliment. La violation elle-même n'a été qu'un acte isolé et bref. Tous ces facteurs indiquent qu'il n'y a eu aucun mépris des droits garantis par la Charte aux appelantes, ce qui avait été d'une grande importance dans les arrêts *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, et *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548. La violation n'était aucunement délibérée, volontaire ou flagrante. En fait, le juge du procès a expressément souligné que le policier avait agi en toute bonne foi. Tous ces facteurs contribuent à diminuer la gravité de la violation.

Enfin, pour les motifs exposés plus haut, je crois que le policier avait objectivement et croyait subjectivement avoir des motifs raisonnables et pro-

ble grounds to conduct the search. The presence of reasonable and probable grounds mitigates the seriousness of the breach: *Collins, supra*, at p. 288; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295, at p. 299; *Jacoy, supra*, at p. 560, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 60. Perhaps it was because the trial judge too readily concluded that the officer did not have reasonable grounds that he determined that the breach was a serious one.

In light of all these factors I must, with the greatest respect for the able and experienced trial judge, conclude that his finding that the breach was a serious one is unreasonable and cannot stand. The violation of the appellant's right to be free from unreasonable search and seizure was little more than a technical one. It would be best described as a minimal violation of Belnavis' Charter rights.

Effect on the Repute of the Administration of Justice

The final consideration is whether the exclusion of the evidence would harm the reputation of the administration of justice. The trial judge's assessment of this issue is as follows:

... in the circumstances it constitutes in my view a serious Charter violation that would bring the administration of justice into disrepute if the evidence was admitted. Accordingly, the evidence of the items seized in the vehicle will be excluded.

I believe that the trial judge gave inadequate consideration to this third set of factors. It appears that he essentially based his conclusion that the evidence should be excluded upon his finding that the breach was serious, a finding which I have concluded is unreasonable. He does not appear to have turned his mind to society's interest in the effective prosecution of crime nor to the reliability or discoverability of the evidence.

I find Doherty J.A.'s conclusion, at p. 349, that it would be the exclusion, not the inclusion, of the evidence which would cause harm to the administration of justice to be much more persuasive:

bles d'effectuer la fouille. L'existence de motifs raisonnables et probables atténue la gravité de la violation: *Collins*, précité, à la p. 288, *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295, à la p. 299, *Jacoy*, précité, à la p. 560, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 60. C'est peut-être parce que le juge du procès a conclu trop aisément que le policier n'avait pas de motifs raisonnables qu'il a décidé que la violation était grave.

À la lumière de tous ces facteurs, je dois, avec le plus grand respect pour l'expérience et la compétence du juge du procès, statuer que sa conclusion que la violation était grave est déraisonnable et ne saurait tenir. La violation du droit de l'appelante à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives était tout au plus technique. Elle serait mieux décrite comme une violation minimale des droits garantis à Belnavis par la *Charte*.

L'incidence sur la considération dont jouit l'administration de la justice

Le dernier point à prendre en considération est de savoir si l'exclusion des éléments de preuve nuirait à la considération dont jouit l'administration de la justice. Le juge du procès a évalué ainsi la question:

[TRADUCTION] ... dans les circonstances, cela constitue, selon moi, une grave violation de la Charte qui déconsidérerait l'administration de la justice si les éléments de preuve étaient utilisés. Par conséquent, la preuve composée des articles saisis dans le véhicule sera écartée.

Je crois que le juge du procès n'a pas suffisamment pris en considération ce troisième ensemble de facteurs. Il semble avoir essentiellement fondé sa conclusion qu'il y avait lieu d'écarter les éléments de preuve sur sa conclusion que la violation était grave, conclusion que j'ai jugée déraisonnable. Il ne semble pas avoir pris en considération l'intérêt qu'a la société à ce que les criminels soient poursuivis efficacement, ni la question de la fiabilité de la preuve ou de la possibilité de la découvrir.

Je juge plus convaincante la conclusion du juge Doherty, à la p. 349, que ce serait l'exclusion des éléments de preuve, et non leur utilisation, qui nuirait à l'administration de la justice:

43

44

45

In my opinion, the exclusion of the evidence would have negative consequences for the administration of justice. The evidence was essential to the prosecution and was entirely reliable. While the offence charged was not among the most serious crimes in the *Criminal Code*, the quantity of merchandise involved suggests something well beyond an isolated act of petty theft. The exclusion of reliable evidence essential to the prosecution of a significant criminal charge must, in the long term, have some adverse effect on the administration of justice.

46 It was held in *Collins, supra*, that the administration of justice will be brought into disrepute where evidence essential to substantiate the charge is excluded because of a trivial breach of the *Charter*. In this case, the breach, if any, was minimal, and without the evidence the prosecution would be unable to proceed. Further, the evidence was reliable and the quantity of merchandise suggested more than a random act of petty theft. I cannot believe that the administration of justice would be brought into disrepute by admitting the evidence; rather, I believe that disrepute would result if the evidence were excluded.

Summary

47 The finding of the trial judge that the *Charter* breach was serious is unreasonable. That erroneous decision must inevitably have influenced his balancing of the three *Collins* factors. Trial fairness was not an issue; the breach was not a serious one; and the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. Therefore the evidence should be admitted.

Disposition

48 The appeal is dismissed and the order of the Court of Appeal directing a new trial for the appellants is confirmed.

[TRADUCTION] À mon avis, l'exclusion des éléments de preuve aurait des conséquences négatives sur l'administration de la justice. Ces éléments de preuve étaient essentiels à la poursuite et étaient tout à fait fiables. Même si l'infraction reprochée ne faisait pas partie des crimes les plus graves du *Code criminel*, la quantité de marchandise en cause donne à penser qu'il s'agit de quelque chose de bien plus grave qu'un larcin isolé. L'exclusion d'éléments de preuve fiables et essentiels à la poursuite d'une personne faisant l'objet d'une accusation criminelle importante doit, à long terme, avoir un effet préjudiciable sur l'administration de la justice.

Il a été statué, dans l'arrêt *Collins*, précité, que l'administration de la justice sera déconsidérée si des éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation sont écartés en raison d'une violation mineure de la *Charte*. En l'espèce, la violation, s'il en est, était minimale, et, sans les éléments de preuve en question, la poursuite serait incapable d'aller de l'avant. De plus, les éléments de preuve étaient fiables et la quantité de marchandise donnait à penser qu'il s'agissait de quelque chose de plus qu'un larcin commis au hasard. Je ne crois pas que l'administration de la justice serait déconsidérée par l'utilisation des éléments de preuve; je crois plutôt qu'elle serait déconsidérée si ces éléments étaient écartés.

Résumé

La conclusion du juge du procès qu'il y a eu une grave violation de la *Charte* est déraisonnable. Cette décision erronée a dû inévitablement influencer son évaluation des trois facteurs de l'arrêt *Collins*. L'équité du procès n'était pas en cause, la violation n'était pas grave et l'utilisation des éléments de preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Par conséquent, il y a lieu d'utiliser les éléments de preuve en question.

Dispositif

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance de la Cour d'appel enjoignant de tenir un nouveau procès pour les appelantes est confirmée.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — In this case the majority takes a further step along the restrictive path traced by recent decisions of the Supreme Court of the United States in relation to the constitutional protection afforded the citizen against unreasonable search and seizure. This it does by abandoning the broad purposive approach to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* first enunciated by Dickson J. (as he then was) in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and consistently followed by this Court until quite recently in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, where the majority effectively accepted the narrow post-Warren United States law for the purposes of that case. In my dissent in that case, I discussed the sorry state of the American law and its general implications and shall not repeat that discussion here. Suffice it to say that the situation has not improved since (see, e.g. *Maryland v. Wilson*, 117 S.Ct. 882 (1997)) and that American constitutional law now appears to protect only against the most obvious interferences with personal privacy.

Essentially the legal technique adopted to accomplish this result is to interpret the reasonable expectation of privacy protected by the Constitution not by reference to what the citizen should expect in a free society but by reference to legalistic property concepts, an approach that was completely discarded in *Hunter, supra*. These property concepts go some way towards protection of the driver or owner, but the passenger is not equally protected. In this case the majority's approach virtually eviscerates the right of a wide range of passengers in an automobile to be left alone by the police, and allows the police to importune even those considered to retain some element of privacy. I find the approach wholly inappropriate in a

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — En l'espèce, les juges majoritaires franchissent une autre étape dans l'application de l'analyse restrictive qui se dégage d'arrêts récents de la Cour suprême des États-Unis en ce qui concerne la protection constitutionnelle accordée aux citoyens contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives. Ils le font en abandonnant l'interprétation large fondée sur l'objet de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, énoncée pour la première fois par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et constamment suivie par notre Cour jusqu'à tout récemment dans l'arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, où les juges majoritaires ont effectivement accepté le droit américain restrictif post-Warren pour les fins de cette affaire. Dans cet arrêt, j'ai analysé, en dissidence, l'état déplorable du droit américain et ses répercussions générales et je ne vais pas reprendre cette analyse ici. Il suffit de dire que la situation ne s'est pas améliorée depuis (voir, par exemple, *Maryland c. Wilson*, 117 S.Ct. 882 (1997)) et que le droit constitutionnel américain paraît maintenant protéger les personnes uniquement contre les atteintes les plus manifestes à leur vie privée.

Essentiellement, la technique juridique adoptée pour parvenir à ce résultat consiste à interpréter l'attente raisonnable en matière de vie privée, que protège la Constitution, non pas en fonction de l'attente que les citoyens devraient avoir dans une société libre, mais en fonction de concepts légalistes en matière de propriété, un point de vue qui a été écarté complètement dans l'arrêt *Hunter*, précité. Ces concepts relatifs à la propriété protègent dans une certaine mesure le conducteur ou le propriétaire, mais le passager ne jouit pas de la même protection. Le point de vue adopté par les juges majoritaires en l'espèce fait pratiquement perdre tout son sens au droit de toute une gamme de passagers d'automobile de ne pas être ennuyés par la police et permet à cette dernière d'importuner même ceux qui sont considérés comme conservant un certain élément de respect de leur vie privée. Je trouve ce point de vue totalement inapproprié dans

free society and quite simply disturbing in its general implications.

une société libre et tout simplement troublant sur le plan de ses répercussions générales.

51 Let me begin by saying that I accept the factual findings of the trial judge, findings that were also accepted by the Court of Appeal. On this issue I take the law and the facts to be as set forth by my colleague, Justice Iacobucci. A trial judge's findings, especially when accepted by the Court of Appeal, should normally also be accepted by this Court. I add that, in my view, the judge's findings were entirely reasonable.

Permettez-moi de commencer par affirmer que j'accepte les conclusions de fait du juge du procès, qui ont aussi été acceptées par la Cour d'appel. Sur ce point, je considère que le droit et les faits sont tels que mon collègue le juge Iacobucci les a décrits. Les conclusions d'un juge du procès, particulièrement lorsqu'elles ont été acceptées par la Cour d'appel, devraient normalement être acceptées par notre Cour. En outre, j'estime que les conclusions du juge du procès étaient tout à fait raisonnables.

52 What we have here then, on the facts, is a case where a police officer reasonably stopped a car for speeding but went on to search the car and the property of the driver and its passenger in circumstances that could no doubt be viewed as suspicious but where the officer had no reasonable and probable grounds to believe those whose property was searched had committed a criminal offence. The general rule, of course, is that a warrantless search is presumed to be unreasonable. There are narrow exceptions including certain searches incidental to an arrest based on reasonable and probable grounds for believing the accused had committed a criminal offence. The search here does not fall within any of these exceptions if only because the arrests for possession of stolen property followed a search made without reasonable and probable grounds. The requirement of reasonable and probable grounds, as Dickson J. eloquently explained in *Hunter, supra*, is the minimum requirement for a search. He put it this way, at pp. 167-68:

D'après les faits de la présente affaire, il s'agit alors d'un cas où un policier a raisonnablement intercepté une automobile pour excès de vitesse, pour ensuite fouiller l'automobile et les biens de la conductrice et de sa passagère, dans des circonstances qui pouvaient sans doute être qualifiées de suspectes, mais où le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables de croire que les personnes dont les biens ont été fouillés avaient commis une infraction criminelle. La règle générale, bien entendu, veut que la fouille ou perquisition effectuée sans mandat soit présumée abusive. Il existe des exceptions strictes, dont certaines fouilles ou perquisitions accessoires à une arrestation fondée sur des motifs raisonnables et probables de croire que l'accusé avait commis une infraction criminelle. La fouille effectuée en l'espèce ne relève d'aucune de ces exceptions, ne serait-ce parce que les arrestations pour possession de biens volés ont résulté d'une fouille effectuée en l'absence de motifs raisonnables et probables. L'existence de tels motifs, comme le juge Dickson l'a si bien expliqué dans l'arrêt *Hunter*, précité, constitue la condition minimale requise pour effectuer une fouille ou perquisition. Il s'est exprimé ainsi, aux pp. 167 et 168:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail over the individual's interest in being left alone at the point where credibly-based probability replaces suspicion. History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement.

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter sur le droit du particulier de ne pas être importuné lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi.

The majority, however, holds that there is a reduced expectation of privacy in a motor vehicle as compared to the home. I agree. But why is this so? What purposes or policies underlie intrusive action by the police in respect of people in motor cars? The reason, I would suggest, is that it is important to regulate the use and safety of automobiles and to subject them to greater surveillance because of the dangers their use poses to other members of the public. So police are permitted greater access to automobiles than to homes. My colleague, Justice Cory at para. 38, in a passage taken from his own reasons in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 534, has thus expressed it:

Society . . . requires and expects protection from drunken drivers, speeding drivers and dangerous drivers. A reasonable level of surveillance of each and every motor vehicle is readily accepted, indeed demanded, by society to obtain this protection. All this is set out to emphasize that, although there remains an expectation of privacy in automobile travel, it is markedly decreased relative to the expectation of privacy in one's home or office.

In promoting these administrative ends, the Court has gone so far as to permit police to make random stops at their whim without articulable cause. That was the basis of the decision in *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, where the Court held that a police officer could make a random stop of a car without giving any reason. I thought this went too far to conform with the principles of a free society and concurred in Justice Sopinka's strong dissent. Nonetheless I can understand, if I cannot accept, the administrative reasons given why this approach might be considered necessary for regulating the conduct of drivers on the highway. Cory J. noted in *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 624, that "[t]he primary aim of [random stops] is . . . to check for sobriety,

Cependant, les juges majoritaires maintiennent que l'attente en matière de vie privée dans un véhicule à moteur est moindre que dans une résidence. Je souscris à ce point de vue. Mais pourquoi en est-il ainsi? Quels sont les objectifs ou politiques qui sous-tendent l'action envahissante de la police à l'égard de gens qui se trouvent dans un véhicule à moteur? La raison, selon moi, est qu'il est important de réglementer l'utilisation et la sécurité des automobiles et de les surveiller davantage en raison des dangers que leur utilisation présente pour les autres membres du public. La police jouit donc d'un plus grand accès aux automobiles qu'aux résidences. Au paragraphe 38, mon collègue le juge Cory, dans un extrait des motifs qu'il a lui-même rédigés dans l'arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, à la p. 534, s'est exprimé ainsi sur cette question:

La société exige et espère [. . .] une certaine protection contre les conducteurs ivres ou dangereux ou encore contre ceux qui commettent des excès de vitesse. Afin d'obtenir cette protection, la société est disposée à accepter et même à exiger un niveau raisonnable de surveillance de chaque véhicule à moteur. Ces facteurs permettent de souligner que, bien qu'il subsiste une certaine attente en matière de respect de la vie privée lorsqu'on circule en automobile, cette attente est manifestement moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau.

En favorisant ces fins administratives, la Cour est allée jusqu'à permettre aux policiers d'effectuer à leur guise des interceptions au hasard, sans motif précis. C'est sur ce fondement que la Cour a conclu, dans l'arrêt *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, qu'un policier pouvait intercepter une automobile au hasard, sans fournir aucun motif. J'ai pensé que cela allait trop loin pour être conforme aux principes d'une société libre et j'ai souscrit à la forte dissidence du juge Sopinka. Néanmoins, je puis comprendre, même si je ne puis les accepter, les raisons administratives pour lesquelles un tel point de vue pourrait être jugé nécessaire pour réglementer le comportement des automobilistes sur la route. Le juge Cory a souligné, dans l'arrêt *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 624, que «[les interceptions au hasard] vise[nt] [. . .] principalement à vérifier la sobriété des conducteurs, leur permis, leur certificat de propriété, leurs

licences, ownership, insurance and the mechanical fitness of cars”.

55 But what has that got to do with persons in the car and the goods they may be carrying with them? Nothing I would have thought. It seems to me that taking a drive with one’s spouse, friends or anyone else permitted to do so by the owner or driver is a common and perfectly legitimate activity in a free society and one which the citizen should generally be left free to pursue in the reasonable expectation that he or she would be left alone, without incursion by the police or other state agent. And I find the activity as legitimate for the passenger as for the owner or the driver. Oftentimes, it is a matter of chance among friends which car to use, and I am quite unable to see that it makes any difference whether the occupants are married to or friends of the owner or driver, or someone he or she permits to be there. Driving a car or being a passenger in it are legitimate and related activities.

56 Moreover, it is perfectly legitimate for drivers and passengers to carry their possessions into a car and reasonably to expect that these items will be protected from unjustified government prying. Indeed, sitting in a car with one’s possessions should be considered no different from walking down the street while carrying the same items in a bag or cart. A person’s expectation of privacy in relation to those items is the same. This is true regardless of whether the person’s name or initials are indicated on the items or whether the items are contained in a suitcase, purse or kit bag. As well, there is no onus on a driver or passenger to establish ownership of any property in a motor vehicle unless, for instance, the police have reasonable and probable grounds to believe that the property is stolen. It follows that drivers and passengers have an equally reasonable expectation of privacy, not

assurances et l’état mécanique de leur automobile».

Mais que cela a-t-il à voir avec les personnes qui se trouvent dans l’automobile et avec les biens qu’elles peuvent transporter avec elles? Rien, aurais-je pensé. Il me semble que la promenade en automobile que le propriétaire ou le conducteur de celle-ci fait avec son conjoint, ses amis ou toute autre personne est une activité courante et parfaitement légitime dans une société libre, à laquelle les citoyens devraient généralement pouvoir s’adonner librement en s’attendant raisonnablement à ne pas être importunés par un policier ou autre mandataire de l’État. Et selon moi, cette activité est tout aussi légitime pour le passager que pour le propriétaire ou le conducteur de l’automobile. Souvent, le choix de l’automobile qu’utilisera un groupe d’amis est le fruit du hasard et je suis tout à fait incapable de considérer que cela change quoi que ce soit que le passager soit le conjoint ou l’ami du propriétaire ou du conducteur de l’automobile, ou encore une autre personne qui se trouve là avec son autorisation. La conduite d’une automobile et le fait d’y prendre place comme passager sont des activités légitimes et connexes.

En outre, il est parfaitement légitime pour les conducteurs et les passagers d’une voiture de transporter avec eux leurs effets personnels et de raisonnablement s’attendre à ce que ces effets soient à l’abri du regard indiscret et injustifié de l’État. En fait, il ne devrait pas y avoir de différence entre le fait d’être assis dans une voiture avec ses effets personnels et celui de marcher dans la rue en transportant ces mêmes effets dans un sac ou un chariot. L’attente qu’une personne a en matière de vie privée relativement à ces effets est la même. Cela est vrai, peu importe que le nom ou les initiales de la personne soient inscrits sur les effets ou que ceux-ci se trouvent dans une valise, un sac à main ou un sac à fourbi. De plus, ni le conducteur ni le passager n’a le fardeau de prouver que les biens qui se trouvent dans le véhicule à moteur lui appartiennent à moins, par exemple, que la police n’ait des motifs raisonnables et probables de croire que ce sont des biens volés. Il s’ensuit que les conducteurs et les passagers ont la

only as to their persons, but also with regard to any goods they may be carrying in a motor vehicle.

I agree that the police, since *Ladouceur, supra*, have the power to stop cars at their whim for purposes of traffic regulations and the like and to make enquiries relevant thereto from the occupants. I also agree that the police in performing that duty need not turn a blind eye to things in plain view that evidence, or raise suspicions of illegality, and that he or she may also ask questions about this, subject, of course, to the occupants' right to silence. But as Cory J. observes in *Mellenthin, supra*, at p. 624, this "must not be turned into a means of conducting either an unfounded general inquisition or an unreasonable search".

Given the facts here I would have thought that this case came within the principle in *Mellenthin* and that the police simply conducted an unreasonable search. Certainly that is true if one still accepts that the minimum threshold for conducting a search is reasonable and probable grounds. Not surprisingly, counsel for the Crown conceded that there was an unlawful search, but this concession was limited to the driver of the car, Belnavis. However, the Crown argues, the search, as it applies to the passenger, Lawrence, was not unreasonable because the passenger did not have a reasonable expectation of privacy in relation to the car or even to the bag of clothing within the car, which she claimed belonged to her. This position, it says, is supported by *Edwards, supra*, a position accepted by the majority.

On what grounds, then, is this distinction made? The majority argues that the driver and the passenger have different expectations of privacy. But on what do they base this conclusion? Ultimately, it is on the ground that the car is in the possession of

même attente raisonnable en matière de vie privée, et ce, non seulement à l'égard de leur propre personne, mais encore en ce qui concerne les biens qu'ils peuvent transporter avec eux dans un véhicule à moteur.

Je conviens que, depuis l'arrêt *Ladouceur*, précité, les policiers ont le pouvoir d'intercepter à leur guise des automobiles afin d'appliquer notamment le règlement de la circulation et de poser à leurs occupants des questions y ayant trait. Je suis également d'accord pour dire que les policiers, en s'acquittant de cette tâche, n'ont pas à fermer les yeux sur les choses bien en vue qui démontrent ou font soupçonner l'existence d'une illégalité, et qu'ils peuvent poser des questions à ce sujet, sous réserve, bien entendu, du droit des occupants de garder le silence. Cependant, comme le juge Cory le souligne dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, à la p. 624, cela «ne doi[t] pas permettre d'effectuer une enquête générale dénuée de tout fondement ou une fouille abusive».

Vu les faits de la présente affaire, j'aurais cru que le principe de l'arrêt *Mellenthin* s'y appliquait et que le policier a simplement effectué une fouille abusive. Cela est certainement le cas si l'on considère toujours que la condition minimale pour effectuer une fouille ou une perquisition est l'existence de motifs raisonnables et probables. Comme on pouvait s'y attendre, le substitut du procureur général a reconnu l'existence d'une fouille illégale, mais il ne l'a fait que relativement à Belnavis, la conductrice de la voiture. Cependant, le ministère public fait valoir que la fouille, en ce qui concerne la passagère Lawrence, n'était pas abusive parce que celle-ci n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée relativement à la voiture ni même au sac de vêtements qui s'y trouvait et qui, selon ses dires, lui appartenait. Le ministère public prétend que ce point de vue est étayé par l'arrêt *Edwards*, précité, ce que les juges majoritaires acceptent.

Quels sont donc les motifs sur lesquels se fonde cette distinction? Les juges majoritaires soutiennent que le conducteur et le passager d'une automobile ont des attentes différentes en matière de vie privée. Mais sur quel motif fondent-ils cette

57

58

59

the driver with the consent of the owner. In short, it is property based, an approach rejected by this Court in *Hunter*, *supra*. I observe that the minority in *Rakas v. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), one of the series of United States cases from which the majority approach derives inspiration, saw the matter exactly as I do. At pages 156-57, White J. has this to say:

Though professing to acknowledge that the primary purpose of the Fourth Amendment's prohibition of unreasonable searches is the protection of privacy — not property — the Court nonetheless effectively ties the application of the Fourth Amendment and the exclusionary rule in this situation to property law concepts. Insofar as passengers are concerned, the Court's opinion today declares an "open season" on automobiles. However unlawful stopping and searching a car may be, absent a possessory or ownership interest, no "mere" passenger may object, regardless of his relationship to the owner.

conclusion? En définitive, c'est sur le fait que la voiture est en la possession du conducteur, avec le consentement de son propriétaire. Bref, c'est pour un motif de droit de propriété, un point de vue rejeté par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité. Je fais remarquer que les juges dissidents, dans *Rakas c. Illinois*, 439 U.S. 128 (1978), l'un parmi la série d'arrêts américains dont s'inspire le point de vue des juges majoritaires, avaient exactement la même perception que moi de l'affaire. Aux pages 156 et 157, le juge White dit:

[TRADUCTION] Même si elle prétend reconnaître que le but premier de l'interdiction du Quatrième amendement d'effectuer des fouilles ou perquisitions abusives est la protection de la vie privée et non celle du droit de propriété, la cour ne rattache pas moins effectivement l'application du Quatrième amendement et de la règle d'exclusion, en l'espèce, à des concepts relatifs au droit de propriété. Pour ce qui est des passagers d'automobile, la cour, par son opinion, déclare aujourd'hui ouverte la chasse aux automobiles. Quelque illégale que puisse être l'interception et la fouille d'une voiture, le «simple» passager qui n'a pas d'intérêt possessoire ou de droit de propriété ne peut s'y objecter, peu importe son lien avec le propriétaire de la voiture.

60

Like White J. in *Rakas*, I think that so far as passengers are concerned the majority's approach here declares an "open season" on automobiles, particularly when one combines it with the ruling in *Ladouceur*, *supra*. It effectively sets aside the regime clearly enunciated in *Hunter*, *supra*, and repeated by this Court in numerous cases since. The majority's approach here does not arise out of the "social, political and historical realities" (*Hunter*, *supra*, at p. 155) which should inform constitutional rights. This should be the thrust of a constitutional provision, as *Hunter* clearly envisaged. That surely is what is meant by a broad purposive interpretation of a constitutional provision that guarantees each of us "the right to be secure against unreasonable search or seizure". I cite among the many statements of Dickson J. in *Hunter* where, by reference to other constitutional authority he argued for a broad interpretation,

À l'instar du juge White dans *Rakas*, j'estime qu'en ce qui concerne les passagers d'une automobile, le point de vue des juges majoritaires en l'espèce a pour effet de déclarer ouverte la chasse aux automobiles, en particulier si on le conjugue à l'arrêt *Ladouceur*, précité. Il écarte effectivement le régime que l'arrêt *Hunter*, précité, a clairement énoncé et que notre Cour a réitéré depuis dans de nombreuses affaires. Le point de vue des juges majoritaires en l'espèce ne découle pas des «réalités sociales, politiques et historiques» (*Hunter*, précité, à la p. 155) qui devraient sous-tendre des droits reconnus par la Constitution. Cela devrait être ce sur quoi devrait porter essentiellement une disposition constitutionnelle, comme l'a clairement envisagé l'arrêt *Hunter*. C'est sans doute ce que l'on entend par l'interprétation large, fondée sur l'objet visé, d'une disposition constitutionnelle qui garantit à chacun d'entre nous le «droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Je cite, parmi les nombreux énoncés du juge Dickson dans l'arrêt *Hunter*, celui dans lequel il renvoie à d'autres arrêts en matière

eschewing a narrow, legalistic approach. At pages 155-56, he had this to say:

The need for a broad perspective in approaching constitutional documents is a familiar theme in Canadian constitutional jurisprudence. It is contained in Viscount Sankey's classic formulation in *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, at p. 136, cited and applied in countless Canadian cases:

The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits. The object of the Act was to grant a Constitution to Canada . . . Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board — it is certainly not their desire — to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation.

More recently, in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, dealing with the Bermudian Constitution, Lord Wilberforce reiterated at p. 328 that a constitution is a document “sui generis, calling for principles of interpretation of its own, suitable to its character”, and that as such, a constitution incorporating a *Bill of Rights* calls for:

. . . a generous interpretation avoiding what has been called “the austerity of tabulated legalism,” suitable to give individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to.

Such a broad, purposive analysis, which interprets specific provisions of a constitutional document in the light of its larger objects is also consonant with the classical principles of American constitutional construction enunciated by Chief Justice Marshall in *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). It is, as well, the approach I intend to take in the present case.

constitutionnelle pour plaider en faveur d'une interprétation large qui permettrait d'éviter l'application d'un point de vue légaliste strict. Aux pages 155 et 156, il affirme:

La nécessité d'aborder dans une perspective d'ensemble les documents constitutionnels est un thème bien connu en droit constitutionnel canadien. Ce point de vue se retrouve dans la formulation classique du vicomte Sankey dans l'arrêt *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, à la p. 136, laquelle a été citée et appliquée dans d'innombrables décisions canadiennes:

[TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. L'Acte avait pour objet de donner une Constitution au Canada [. . .] Leurs Seigneuries croient non pas que cette chambre a le devoir — ce n'est certainement pas là leur volonté — de restreindre la portée des dispositions de l'Acte par une interprétation étroite et littérale, mais plutôt qu'il lui incombe de lui donner une interprétation large et libérale.

Récemment, dans l'arrêt *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319, portant sur la Constitution des Bermudes, lord Wilberforce a réaffirmé à la p. 328 qu'une constitution est un document [TRADUCTION] «d'une espèce particulière qui requiert des règles d'interprétation qui lui sont propres, qui conviennent à sa nature», et que comme telle, une constitution qui contient une *Déclaration des droits* exige:

[TRADUCTION] . . . une interprétation libérale afin d'éviter ce qu'on a appelé «l'austérité du juridisme tabulaire» et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés.

Cette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. [Emphasis added.]

Shortly afterwards, he added, at p. 157:

This leads, in my view, to the further conclusion that an assessment of the constitutionality of a search and seizure, or of a statute authorizing a search or seizure, must focus on its "reasonable" or "unreasonable" impact on the subject of the search or the seizure, and not simply on its rationality in furthering some valid government objective.

61

The majority pay lip service to the proposition, insisted upon in *Hunter, supra*, that s. 8 of the *Charter* was intended to protect people not places, but their minds are throughout completely focussed on the car, its ownership and control. Accordingly, Lawrence's appeal is dismissed by the majority because the appellant did not demonstrate "control over", "access to", "privilege in" or "ability to regulate access to" the motor vehicle in question. In a car, we are told there is a reduced expectation of privacy without reference to the underlying purpose and policy that underlie this assertion. The fact is, as earlier noted, that there is less expectation of privacy in an automobile, not because a person is as such less entitled to privacy, but because, for the purposes of regulating and controlling traffic safety in cars, and related administrative reasons, it is reasonable for the state to seek entry into a car more freely than to the home, and once there it follows that the police may incidentally observe what is illegal. But beyond this, the individual as such and the privacy he or she has in property brought with him or her seems to me to be deserving of as much privacy as if that individual were at home. This Court has *ad nauseam* repeated that the Constitution protects people not places. Administrative matters apart, the individual has a constitutional right to be left alone unless the police have reasonable and

Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. [Je souligne.]

Peu après, il ajoute, à la p. 157:

À mon avis, cela nous amène à conclure également que la constitutionnalité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie ou d'une loi autorisant une fouille, une perquisition ou une saisie doit être appréciée en fonction surtout de l'effet «raisonnable» ou «abusif» sur l'objet de la fouille, de la perquisition ou de la saisie et non simplement en fonction de sa rationalité dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable.

Les juges majoritaires souscrivent pour la forme à la proposition, sur laquelle on a insisté dans l'arrêt *Hunter*, précité, voulant que l'art. 8 de la *Charte* vise à protéger les personnes et non les lieux, mais ils n'ont toujours à l'esprit que la voiture, le certificat de propriété de celle-ci et son contrôle. En conséquence, ils rejettent le pourvoi de l'appelante Lawrence pour le motif qu'elle n'a pas établi l'existence d'un «contrôle» sur le véhicule à moteur en question, ni celle d'un «accès» à celui-ci ou d'un «privilege» s'y rapportant ou encore d'une «capacité d'en régir l'accès». On nous dit que, dans une automobile, l'attente en matière de vie privée est moindre, sans toutefois mentionner le but et la politique qui sous-tendent une telle affirmation. En réalité, comme nous l'avons vu plus haut, la personne qui se trouve dans une automobile a une attente moindre en matière de respect de sa vie privée non pas parce qu'elle y a moins droit en tant que telle, mais parce que, aux fins de la réglementation et du contrôle de la sécurité des automobiles circulant sur la route et pour d'autres raisons administratives, il est raisonnable que l'État cherche à entrer plus librement dans une voiture que dans une résidence, et il s'ensuit que, une fois qu'il s'y trouve, le policier peut incidemment observer ce qui est illégal. Mais au-delà de cela, il me semble que la personne elle-même a droit au même respect de sa vie privée que si elle se trouvait dans sa résidence, et que ce droit s'étend aux biens qu'elle transporte avec elle. Notre Cour a répété, à maintes reprises, que la Constitution protège les gens et non les lieux.

probable grounds that the individual has committed an offence.

In support of its approach the majority, I noted, relies on its decision in *Edwards, supra*. I do not see that case as governing the present situation. There the search was made of the accused's girlfriend's apartment when the accused was not present (indeed he was already in custody elsewhere) and she had possession and control of his property. In this case, the passenger was physically in the vehicle at the time of the search and remained, at all times, in the back seat with the bags of clothing. She thus remained in possession and control of her property within the car. Even in the majority's tabulation of factors in *Edwards*, which is reiterated in the present case, physical presence and control over property are listed as matters requiring consideration. Had the passenger been carrying that property in a cart outside the car, I do not see on what basis there would be any right in the police to search.

This is the first serious deficiency of the general standard taken from *Edwards* and advanced by the majority, namely, that the police may search an automobile when the "totality of circumstances" dictates that it is reasonable for the police to intrude upon a passenger's expectation of privacy in relation to the property brought by the passenger. The standard is well below that traditionally accepted at common law over the years, namely, reasonable and probable grounds. Equally troublesome is the lack of specificity. All the circumstances in the particular case must be examined to answer the question, and as this case demonstrates we have no guidance as to what factors in the majority's tabulation should govern in particular circumstances.

Mises à part les questions administratives, une personne a le droit constitutionnel de ne pas être importunée par la police, à moins que cette dernière n'ait des motifs raisonnables et probables de croire qu'elle a commis une infraction.

J'ai remarqué que la Cour à la majorité fonde son point de vue sur la décision majoritaire rendue dans l'arrêt *Edwards*, précité. Je ne considère pas que cet arrêt s'applique à la présente situation. Dans cette affaire, une perquisition avait été effectuée dans l'appartement de l'amie de l'accusé en l'absence de celui-ci (en fait, il était déjà détenu ailleurs) et alors qu'elle était en possession de ses biens et en avait le contrôle. En l'espèce, la passagère était physiquement présente dans le véhicule au moment de la fouille et elle est demeurée en tout temps assise sur la banquette arrière, à côté des sacs de vêtements. Elle a donc conservé la possession et le contrôle de ses biens qui se trouvaient dans la voiture. Même dans l'énumération des facteurs que les juges majoritaires font dans l'arrêt *Edwards*, laquelle est réitérée en l'espèce, la présence physique et le contrôle des biens sont décrits comme des éléments dont il faut tenir compte. Si la passagère avait transporté ces biens dans un chariot à l'extérieur de la voiture, je ne vois pas pour quel motif la police aurait eu le droit d'effectuer une fouille.

Il s'agit de la première lacune grave de la norme générale tirée de l'arrêt *Edwards* et invoquée par les juges majoritaires, à savoir que la police peut fouiller une automobile lorsqu'il ressort de l'«ensemble des circonstances» qu'elle peut raisonnablement empiéter sur les attentes en matière de vie privée qu'un passager a relativement aux biens qu'il transporte avec lui. Cette norme est bien moins stricte que celle qui a traditionnellement été acceptée en common law au fil des années, soit l'existence de motifs raisonnables et probables. Le manque de spécificité est tout aussi gênant. Toutes les circonstances du cas particulier doivent être examinées pour répondre à la question et, comme le démontre la présente affaire, rien ne nous indique quels facteurs, parmi ceux énumérés par les juges majoritaires, devraient s'appliquer dans des circonstances particulières.

62

63

64

The need for clarity regarding when the police may make such a serious intrusion on the liberty of the individual as a search of his or her property is critically important for two reasons. The police are entitled to as clear a standard as possible so as to guide them in the performance of their sometimes dangerous and thankless work. I have discussed this point in, *inter alia*, *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 186. More important is that a vague standard such as this offers almost no protection to the citizen from interference by the police. Though the subjective judgment of the police is open to review by the courts, the protection thereby offered is negligible. Given the multiplicity of factors that may arise and the lack of precision as to their relative weight, it will be difficult to second guess the police judgment. And even if the courts do not agree with the view of the police there is a good chance, given the difficulty of application, that they will understandably hold that the police acted in good faith for the purposes of s. 24(2) of the *Charter* and justify the inclusion of evidence obtained in a search in that way. So what they miss on the roundabout they take back on the swing.

Le besoin de clarté en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles la police peut porter, à la liberté d'une personne, une atteinte aussi grave qu'une fouille de ses biens revêt une importance cruciale pour deux raisons. Les policiers ont droit à ce que la norme la plus claire possible les guide dans l'accomplissement de leur tâche parfois dangereuse et ingrate. J'ai déjà analysé cette question notamment dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 186. Ce qui est plus important, c'est qu'une norme aussi vague n'offre presque pas de protection aux citoyens contre l'ingérence policière. Bien que le jugement subjectif des policiers puisse faire l'objet d'un contrôle de la part des tribunaux, la protection ainsi offerte est négligeable. Vu la multiplicité de facteurs qui peuvent se présenter et l'imprécision quant à leur importance relative, il sera difficile de se prononcer après coup sur le jugement des policiers. Et même si les tribunaux ne souscrivent pas au point de vue des policiers, il y a de bonnes chances, compte tenu de la difficulté d'application, qu'ils jugeront naturellement que les policiers ont agi de bonne foi aux fins du par. 24(2) de la *Charte* et justifieront l'inclusion des éléments de preuve ainsi obtenus dans le cadre d'une fouille ou d'une perquisition. Ainsi, à tout prendre, ils ne perdent rien.

65

Moreover, the Court's understanding of the implications of the police action may be obscured by the fact that most cases that come before them relate to someone who has already been convicted. The courts have little "feel" for what this means to persons who have committed no wrong or any idea of the number of such people who may be harassed by the overly zealous elements in any police force. If such a draconian regime is to be imposed, it should be done by Parliament, which is in a position to gather data, and to present evidence justifying its need. The court's job is not to restrict the rights of the citizen; it is to protect them (see *Landry, supra*, at p. 187).

De plus, il se peut que la compréhension que la Cour a des répercussions de la conduite des policiers soit embrouillée par le fait que la plupart des affaires qui lui sont soumises ont trait à quelqu'un qui a déjà été reconnu coupable. Les tribunaux sont peu « touchés » par ce que cela signifie pour les personnes qui n'ont rien fait de mal, et n'ont pas la moindre idée du nombre de ces personnes qui peuvent être harcelées par les membres trop zélés de corps policiers. Si un régime aussi draconien s'avère nécessaire, il revient au Parlement de l'imposer, car il est en mesure de recueillir des données et de présenter une preuve en démontrant la nécessité. Le rôle d'une cour consiste non pas à restreindre les droits des citoyens, mais à les protéger (voir *Landry, précité*, à la p. 187).

66

The vagueness of the standard also has grave implications for equality in the application of the law. As I noted in *Landry, supra*, at p. 186, such

L'imprécision de la norme a également de graves conséquences sur l'application égale de la loi. Comme j'ai souligné dans l'arrêt *Landry, pré-*

vague discretion “is unlikely to be used as much against the economically favoured or powerful as against the disadvantaged”; see also *Ladouceur*, *supra*, per Sopinka J., at p. 1267. It does not prove but certainly does not detract from this thesis that the appellants in the present case are both members of a visible minority.

Yet another reason for rejecting the “totality of the circumstances” test is that it draws distinctions based on the personal relationships between individuals. According to the majority, a driver’s friend who is “merely a passenger” does not have a reasonable expectation of privacy in a car whereas the driver’s spouse or a long-distance co-traveller probably would. The problem with this type of analysis is twofold. First, it gives police the difficult task of determining the nature of personal relationships between drivers and passengers. In order to make this determination, the police will be forced to ask motorists irrelevant and unreasonable questions. Second, this type of analysis undermines the fact that s. 8 of the *Charter* applies to “[e]veryone”. As I noted in *Edwards*, *supra*, at p. 150, the right to be secure against unreasonable search or seizure is a “right enuring to all the public”. It is not concerned with a person’s marital or familial status *vis-à-vis* someone else. Rather, it is concerned with the relationship between the individual and the state and, most importantly, the individual’s interest in being free from unjustified government prying. I do not think it is the business of the police to know whether a woman sitting beside a male driver is his wife, his mistress or a friend of long or short standing.

I thus cannot accept the lower standard for interference with the rights of the citizen proposed by the majority, and I agree with the trial judge that the search of the car and the property of both the appellants was unreasonable.

cité, à la p. 186, un pouvoir discrétionnaire aussi vague «visera probablement les défavorisés plutôt que les nantis ou les puissants»; voir également l’arrêt *Ladouceur*, précité, le juge Sopinka, à la p. 1267. Bien qu’il n’établisse pas cette thèse, le fait que les deux appelantes en l’espèce appartiennent à une minorité visible n’y porte sûrement pas atteinte.

Par ailleurs, une autre raison de rejeter le critère de l’«ensemble des circonstances» est qu’il établit des distinctions fondées sur les liens personnels qui existent entre des personnes. Selon les juges majoritaires, l’ami d’un conducteur qui «n’est qu’un passager» n’a pas d’attente raisonnable en matière de vie privée dans la voiture, alors que le conjoint du conducteur ou le compagnon de route de ce dernier sur une longue distance aurait probablement une telle attente. Ce type d’analyse pose un double problème. Premièrement, il confie à la police la tâche difficile de déterminer la nature des liens personnels qui existent entre les conducteurs et les passagers. Pour ce faire, la police sera forcée de poser aux automobilistes des questions non pertinentes et abusives. Deuxièmement, ce type d’analyse mine le fait que l’art. 8 de la *Charte* s’applique à «[c]hacun». Comme je l’ai souligné dans l’arrêt *Edwards*, précité, à la p. 150, le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives est un «droit [...] accordé à tout le public». Il n’a rien à voir avec l’état civil de la personne ni avec le lien familial qui existe entre elle et une autre personne. Il porte plutôt sur le lien qui existe entre la personne et l’État et, ce qui importe le plus, sur le droit de la personne d’être à l’abri du regard indiscret et injustifié de l’État. Cela ne regarde pas la police de savoir si une femme assise à côté d’un homme au volant d’une voiture est son épouse, sa maîtresse, une amie de longue date ou encore une amie dont il vient de faire la connaissance.

Je ne puis donc pas accepter la norme moins stricte que les juges majoritaires proposent d’appliquer pour porter atteinte aux droits des citoyens et je partage l’opinion du juge du procès que la fouille de la voiture et des biens des deux appelantes était abusive.

69 Turning to the issue of the rejection of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*, I am in complete agreement with Iacobucci J. that the evidence should be rejected as against the driver. As well, from what I have already said, it will be clear that I see no reason why a distinction should be made between the driver and the passenger, and I would reject the evidence as against the passenger as well.

70 Accordingly, I would allow the appeal and restore the acquittals of both the appellants Belnavis and Lawrence.

The following are the reasons delivered by

71 SOPINKA J. — I agree with the conclusion of Justice Cory that the appeal must be dismissed. I also generally agree with his reasons. However, for the reasons stated by Justice Iacobucci and by Doherty J.A. in the Court of Appeal (1996), 29 O.R. (3d) 321, I would defer to the finding that the police officer lacked reasonable and probable grounds. This approach does not affect the necessity to resort to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as there is a breach of s. 8 whether or not the officer had reasonable and probable grounds. In the absence of a law which authorizes a warrantless search and which is constitutionally valid, a warrantless search is unreasonable and contrary to s. 8. Notwithstanding this conclusion, I would admit the evidence for the reasons of Doherty J.A. With respect to the contrary view, I do not see much similarity between this case and *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, which involved a warrantless perimeter search of a dwelling. There is a marked difference between the expectation of privacy in a dwelling and an automobile which, pursuant to decisions of this Court, can be lawfully stopped by police officers virtually at random. See *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, and *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527. Moreover, the police in

Quant à la question du rejet des éléments de preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, je suis entièrement d'accord avec le juge Iacobucci pour dire qu'il y a lieu de rejeter les éléments de preuve défavorables à la conductrice. De plus, compte tenu de ce que j'ai déjà dit, il est clair que je ne vois pas pourquoi une distinction devrait être faite entre la conductrice et la passagère et je rejetterais également les éléments de preuve défavorables à cette dernière.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et rétablirais l'acquittement des deux appelantes Belnavis et Lawrence.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je suis d'accord avec la conclusion du juge Cory qu'il faut rejeter le pourvoi. Je suis également d'accord avec ses motifs en général. Cependant, pour les motifs exposés par le juge Iacobucci et par le juge Doherty de la Cour d'appel (1996), 29 O.R. (3d) 321, je m'en remettrais à la conclusion que le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables. Ce point de vue ne change rien à la nécessité de recourir au par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* étant donné qu'il y a violation de l'art. 8, peu importe que le policier ait eu ou non des motifs raisonnables et probables. En l'absence d'une règle de droit constitutionnellement valide qui autorise une fouille ou perquisition sans mandat, une fouille ou perquisition sans mandat est abusive et contraire à l'art. 8. Nonobstant cette conclusion, j'admettrais la preuve pour les motifs exposés par le juge Doherty. En toute déférence pour le point de vue contraire, je ne vois pas beaucoup de similitude entre la présente affaire et l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, où il était question d'une perquisition périphérique sans mandat d'une maison d'habitation. Il existe une différence marquée entre l'attente en matière de vie privée dans une maison d'habitation et celle dans une automobile que, selon des arrêts de notre Cour, des policiers peuvent légalement intercepter presque au hasard. Voir *R. c. Ladouceur*, [1990] 1 R.C.S. 1257, et *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527. De plus, la police avait agi de mauvaise foi dans l'affaire

Kokesch acted in bad faith which has been negated by the trial judge in this case.

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part) — I have had the advantage of reading the lucid reasons of my colleague, Justice Cory. While I agree with him that the appellant Lawrence has demonstrated no expectation of privacy sufficient to ground a claim under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I cannot, with respect, concur with his disposition of the appellant Belnavis' appeal. In my view, the trial judge's conclusions in her regard were not unreasonable or based upon an error of law. They are therefore entitled to deference from this Court. Although I might have found differently had I been in the trial judge's position, I am not prepared to overrule his findings and would therefore allow Ms. Belnavis' appeal.

This Court has emphasized on numerous occasions the importance of deferring to the s. 24(2) *Charter* findings of lower court judges, who hear evidence directly and are thus better placed to weigh the credibility of witnesses and gauge the effect of their testimony: see e.g., *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, at p. 98; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at p. 783; *R. v. Mellenthin*, [1992] 3 S.C.R. 615, at p. 625; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 539; *R. v. Goncalves*, [1993] 2 S.C.R. 3, at p. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607. In *Greffe*, Lamer J. (as he then was) stated as follows at p. 783:

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal. . . .

Kokesch, un fait dont le juge du procès a écarté l'existence en l'espèce.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie) — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs clairs de mon collègue le juge Cory. Bien que je sois d'accord avec lui pour dire que l'appelante Lawrence n'a démontré l'existence d'aucune attente en matière de vie privée suffisante pour justifier une action fondée sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis, en toute déférence, souscrire à la façon dont il statue sur le pourvoi de l'appelante Belnavis. À mon avis, les conclusions du juge du procès à son égard n'étaient ni déraisonnables ni fondées sur une erreur de droit. Elles ont donc droit à la retenue de la part de notre Cour. Même si j'avais pu tirer une conclusion différente si j'avais été à la place du juge du procès, je ne suis pas disposé à annuler ses conclusions et j'accueillerai donc le pourvoi de M^{me} Belnavis.

Notre Cour a souligné, à maintes reprises, l'importance de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions tirées en vertu du par. 24(2) de la *Charte* par les juges des tribunaux d'instance inférieure, qui entendent directement la preuve et sont ainsi mieux placés pour évaluer la crédibilité des témoins et l'effet de leur témoignage: voir, par exemple, *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, à la p. 98; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, à la p. 783; *R. c. Mellenthin*, [1992] 3 R.C.S. 615, à la p. 625; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, à la p. 539; *R. c. Goncalves*, [1993] 2 R.C.S. 3, à la p. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607. Dans l'arrêt *Greffe*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme ceci, à la p. 783:

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel . . .

72

73

74

75

I agree with this statement, and I note that while it speaks of deference to the findings of Courts of Appeal, the same principles apply, *a fortiori*, to the findings of trial judges: *Goncalves, supra*; *Stillman, supra*, at para. 68. As Cory J. states in his reasons, appellate courts in general should not intervene with respect to a lower court's s. 24(2) analysis absent an error of law or unreasonable finding.

Je suis d'accord avec cette affirmation et je souligne que, bien qu'il y soit question de retenue à l'égard des conclusions de cours d'appel, les mêmes principes s'appliquent, à plus forte raison, aux conclusions de juges du procès: *Goncalves, précité*; *Stillman, précité*, au par. 68. Comme le juge Cory l'affirme dans ses motifs, les cours d'appel ne devraient pas, en général, intervenir relativement à l'analyse effectuée par un tribunal d'instance inférieure en vertu du par. 24(2), en l'absence d'une erreur de droit ou d'une conclusion déraisonnable.

76

The reasons for this principle of deference are apparent and compelling. Trial judges hear witnesses directly. They observe their demeanour on the witness stand and hear the tone of their responses. They therefore acquire a great deal of information which is not necessarily evident from a written transcript, no matter how complete. Even if it were logistically possible for appellate courts to re-hear witnesses on a regular basis in order to get at this information, they would not do so; the sifting and weighing of this kind of evidence is the particular expertise of the trial court. The further up the appellate chain one goes, the more of this institutional expertise is lost and the greater the risk of a decision which does not reflect the realities of the situation.

Les raisons qui expliquent de ce principe de retenue sont évidentes et impérieuses. Les juges du procès entendent directement les témoins. Ils observent leur comportement à la barre et entendent le ton de leurs réponses. Ils obtiennent donc beaucoup de renseignements qui ne se dégagent pas nécessairement d'une transcription, si complète soit-elle. Même si, sur le plan logistique, il était possible aux cours d'appel de réentendre régulièrement les témoins afin d'obtenir ces renseignements, elles ne le feraient pas; l'examen et l'évaluation de ce genre d'éléments de preuve relèvent de la compétence particulière de la cour de première instance. Plus on remonte la chaîne d'appels, plus on perd cette compétence institutionnelle et plus le risque est grand de voir prendre une décision qui ne reflète pas la réalité de la situation.

77

Consequently, I am unwilling to disturb Salhany J.'s findings on issues arising under s. 24(2) of the *Charter* unless it can be demonstrated that he made either an error in principle or an unreasonable finding. For the reasons that follow, I am not convinced that he did.

Par conséquent, je ne suis pas disposé à modifier les conclusions du juge Salhany sur des questions qui se posent en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, à moins que l'on puisse démontrer qu'il a commis une erreur de principe ou tiré une conclusion déraisonnable. Pour les raisons qui suivent, je ne suis pas convaincu qu'il a fait cela.

78

Cory J. suggests that Salhany J.'s finding that the officer lacked reasonable and probable grounds to search the vehicle could be characterized as unreasonable. With respect, like the majority of the Ontario Court of Appeal ((1996), 29 O.R. (3d) 321), I cannot agree. The officer's testimony clearly establishes that while questioning the passenger in the back seat (which I agree was perfectly legitimate), he reached into the bags of clothing and removed several articles of clothing

Le juge Cory affirme que la conclusion du juge Salhany que le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule pourrait être qualifiée de déraisonnable. En toute déférence, à l'instar des juges majoritaires en Cour d'appel de l'Ontario ((1996), 29 O.R. (3d) 321), je ne puis être d'accord. Le témoignage du policier établit clairement que, lorsqu'il interrogeait le passager assis sur le siège arrière (ce qui, j'en conviens, était parfaitement légitime), il a mis la main

in order to examine them more closely and see what was underneath them. This went beyond a plain view observation of the contents of the vehicle's back seat and in my view constituted a search of the bags. The grounds for the officer's searching activity must, therefore, be assessed from the point of view of this initial search, since no evidence was led that he would have engaged in further investigation (e.g., asking the passenger and Ms. Belnavis who owned the bags) had it not been for his examination of the contents of the bags: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223.

Salhany J. assessed these grounds as follows:

Viewed objectively, I can find no basis for reasonable cause. What the officer observed was three medium-sized garbage green bags 2' x 1 ½' with some new clothing and price tag [*sic*] on top. There was nothing to lead him to believe that all of the items in both bags were new. Moreover, even assuming that all of the items were newly acquired, it does not necessarily follow that they were probably stolen. Nor does it necessarily follow from the fact that the clothing was in garbage bags instead of shopping bags provided by retail vendors that they were probably stolen.

Although I might have come to a different conclusion had I heard all the evidence myself, I cannot say that the trial judge acted unreasonably in finding that the mere presence in a back seat of some garbage bags with new clothing on top did not alone constitute objectively reasonable and probable grounds supporting the search of those bags. While the presence of clothing in bags might suggest that the clothing had recently been stolen, it could also suggest that the appellants had simply been shopping. I would defer to the trial judge in this regard.

Similar observations may be made concerning the presence of subjective belief in reasonable and probable grounds. It is true, as Cory J. points out at para. 32, that the officer testified on cross-exami-

dans les sacs de vêtements et en a retiré plusieurs articles afin de les examiner de plus près et voir ce qu'il y avait dessous. Cela dépassait une observation des objets bien en vue qui se trouvaient sur le siège arrière du véhicule et constituait, à mon avis, une fouille des sacs. Les motifs qui ont incité le policier à effectuer cette fouille doivent donc être évalués du point de vue de la fouille initiale, car il n'a pas été prouvé qu'il aurait poussé son enquête plus loin (par exemple, en demandant au passager et à M^{me} Belnavis à qui appartenaient les sacs), n'eût été son examen du contenu des sacs: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223.

Le juge Salhany a évalué ainsi ces motifs:

[TRADUCTION] Objectivement, je ne vois rien qui justifie l'existence de motifs raisonnables. Le policier a aperçu trois sacs à déchets verts de format moyen (2 pi sur 1 ½ pi) contenant sur le dessus des vêtements neufs portant des étiquettes de prix. Rien ne le portait à croire que tous les articles contenus dans ces sacs étaient neufs. De plus, même en supposant que tous les articles avaient été nouvellement acquis, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils avaient été probablement volés. Il ne s'ensuit pas nécessairement non plus que, du fait que les vêtements étaient dans des sacs à déchets plutôt que dans des sacs à poignées fournis par des commerçants, ils avaient probablement été volés.

Même si j'avais pu en arriver à une conclusion différente si j'avais entendu moi-même l'ensemble de la preuve, je ne puis dire que le juge du procès a agi de façon déraisonnable en concluant que la seule présence, sur le siège arrière, de quelques sacs à déchets contenant, sur le dessus, des vêtements neufs ne constituait pas objectivement des motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille de ces sacs. Même si la présence de vêtements dans des sacs pouvait porter à croire que ces vêtements avaient été volés récemment, elle pouvait également porter à croire que les appelantes étaient simplement allées magasiner. Je suis d'avis de m'en remettre au juge du procès sur ce point.

On peut faire les mêmes observations au sujet de la présence d'une croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables. Il est vrai, comme le juge Cory le souligne au par. 32, que le

79

80

81

nation that “[i]ndirectly, [he] felt that the three bags which were in the car were stolen, was stolen property”. In his examination-in-chief, however, he also testified as follows:

Q. What was the initial reason . . . for what reason did you call Sergeant Thornton?

A. Because I had . . . the first thing was three females involved. I was on my own it was difficult to separate what I had, which I had never learned anyway. I really didn't know what I had at that time. [Emphasis added.]

82 Even after having looked in the bags, the officer stated that he was not sure he was dealing with stolen property. This statement directly contradicts his later statement that he felt the clothing in the bags was stolen. This inconsistent testimony cannot, in my view, provide the basis for interference with a trial judge's conclusions on the grounds that those conclusions were unreasonable. Faced with such conflicting evidence, I do not see how an appellate court, particularly one this far removed from the relevant events, can state with certainty that subjective belief in reasonable and probable grounds existed or that the trial judge acted unreasonably in failing to find that it did.

83 Moreover, to the extent that it is possible to make such a determination, I agree with Doherty J.A.'s assessment of the evidence, at p. 339:

I also cannot find in the evidence of [the officer], any indication that he believed he had reasonable and probable grounds to believe that there was stolen property in the trunk. [The officer] said that he did not have grounds to arrest anyone for possession of stolen property before he opened the trunk. If he did not think he had ground to arrest any of the occupants of the vehicle for possession of stolen property, I cannot see how he could believe that he had reasonable and probable grounds to believe there was stolen property in the trunk.

policier a témoigné en contre-interrogatoire que, «[i]ndirectement, [il] avai[t] le sentiment que les trois sacs à déchets qui étaient dans l'automobile avaient été volés, qu'ils contenaient des biens volés». Au cours de son interrogatoire principal, cependant, il a aussi déclaré:

[TRADUCTION]

Q. Quelle était la raison première . . . pour quelle raison avez-vous appelé le sergent Thornton?

A. Parce que j'avais . . . la première chose, c'est qu'il y avait trois femmes. J'étais seul et il était difficile de distinguer ce que j'avais, ce que je n'avais jamais appris à faire de toute façon. Je ne savais réellement pas à quoi j'avais affaire à ce moment-là. [Je souligne.]

Le policier a affirmé que, même après avoir regardé dans les sacs, il n'était pas certain qu'il s'agissait de biens volés. Cette affirmation contredit directement son affirmation ultérieure qu'il avait le sentiment que les vêtements contenus dans les sacs avaient été volés. À mon avis, ce témoignage incohérent ne permet pas de modifier les conclusions du juge du procès pour le motif qu'elles étaient déraisonnables. Je ne vois pas comment, en présence d'une telle preuve contradictoire, une cour d'appel, notamment une cour aussi éloignée des événements pertinents, peut dire avec certitude qu'il y avait une croyance subjective à l'existence de motifs raisonnables et probables ou que le juge du procès a agi de façon déraisonnable en ne concluant pas qu'ils existaient.

De plus, dans la mesure où il est possible d'en décider ainsi, je suis d'accord avec l'évaluation que le juge Doherty a faite de la preuve, à la p. 339:

[TRADUCTION] Je ne peux pas non plus trouver dans la déposition [du policier] une indication qu'il croyait avoir des motifs raisonnables et probables de croire que des biens volés se trouvaient dans le coffre. [Le policier] a dit qu'il n'avait aucun motif d'arrêter quelqu'un pour possession de biens volés avant d'ouvrir le coffre. S'il ne pensait pas avoir des motifs d'arrêter l'un des occupants du véhicule pour possession de biens volés, je ne puis voir comment il pouvait imaginer qu'il avait des motifs raisonnables et probables de croire que des biens volés se trouvaient dans le coffre.

Accordingly, I would not disturb Salhany J.'s findings regarding reasonable and probable grounds for the search.

Cory J. also objects to Salhany J.'s conclusion as to the seriousness of the *Charter* breach. In his view, it was unreasonable to conclude that the breach was so serious that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Again, I cannot concur. First of all, while I fully agree with Cory J.'s observations about Ms. Belnavis' reduced expectation of privacy in the borrowed car and about the brief and isolated nature of the *Charter* breach, I disagree with his conclusion that the trial judge failed to take these considerations into account.

This Court has stated on several occasions that failure to provide explicit treatment of every issue is not a reversible error of law: see, e.g., *R. v. Barrett*, [1995] 1 S.C.R. 752; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227. All of the points Cory J. raises about the seriousness of the breach were made before Salhany J. in counsels' submissions. There is, in my view, no question but that he was aware of them, and the fact that he did not review them explicitly in his reasons does not persuade me that he failed to consider them in reaching his conclusion. Unless that conclusion was itself unreasonable, therefore, I am unwilling to interfere with it. This brings me to a consideration of the reasonableness of the trial judge's conclusion.

Again, while I might have held differently, given the factors outlined by Cory J. in his reasons, I am not convinced that this decision was unreasonable. With respect to my colleague, I believe the record supports Salhany J.'s conclusion that the breach was sufficiently serious to warrant exclusion of the evidence, as I will now attempt to demonstrate.

Par conséquent, je suis d'avis de ne pas modifier les conclusions du juge Salhany en ce qui concerne les motifs raisonnables et probables d'effectuer la fouille en cause.

Le juge Cory s'oppose également à la conclusion du juge Salhany concernant la gravité de la violation de la *Charte*. À son avis, il était déraisonnable de conclure que cette violation était grave à ce point que l'utilisation des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Encore une fois, je ne puis abonder dans le même sens. Tout d'abord, bien que je sois entièrement d'accord avec les observations du juge Cory concernant l'attente moindre en matière de vie privée que M^{me} Belnavis avait dans la voiture empruntée, et le fait que la violation de la *Charte* a été un acte bref et isolé, je ne partage pas sa conclusion que le juge du procès n'a pas tenu compte de ces facteurs.

Notre Cour a affirmé, à maintes reprises, que l'omission de traiter expressément chaque question ne constitue pas une erreur de droit justifiant annulation: voir, par exemple, les arrêts *R. c. Barrett*, [1995] 1 R.C.S. 752; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227. Tous les points relevés par le juge Cory concernant la gravité de la violation ont été présentés dans les plaidoiries des avocats devant le juge Salhany. Il ne fait aucun doute, à mon avis, qu'il était au courant de celles-ci, et le fait qu'il ne les ait pas examinées expressément dans ses motifs ne me convainc pas qu'il a omis de les prendre en considération en tirant sa conclusion. Par conséquent, à moins que cette conclusion ne soit elle-même déraisonnable, je ne suis pas disposé à la modifier. Cela m'amène à examiner le caractère raisonnable de la conclusion du juge du procès.

Encore une fois, même si j'avais pu statuer différemment, compte tenu des facteurs exposés par le juge Cory dans ses motifs, je ne suis pas convaincu que cette décision était déraisonnable. En toute déférence pour mon collègue, je crois que le dossier étaye la conclusion du juge Salhany que la violation était suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve, comme je vais maintenant tenter de le démontrer.

84

85

86

87

88

As noted above, I accept the trial judge's finding that the officer did not have reasonable and probable grounds when he searched the appellants' car. This Court has repeatedly emphasized the seriousness of proceeding to a search in the absence of reasonable and probable grounds. As Justice Sopinka stated in *Kokesch, supra*, at p. 29:

Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, it follows that they must leave the suspect alone, not charge ahead and obtain evidence illegally and unconstitutionally. Where they take this latter course, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise, not less. Any other conclusion leads to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. The Crown would happily concede s. 8 violations if they could routinely achieve admission under s. 24(2) with the claim that the police did not obtain a warrant because they did not have reasonable and probable grounds. [Emphasis in original.]

89

The evidence at issue in that case — narcotics — was excluded notwithstanding that the breach was relatively unintrusive (a perimeter search of a dwelling-house). Similar results are found in *Mellenthin, supra*, in which, as in this case, a car was legitimately stopped but then searched in violation of s. 8. The Court held, at p. 630, that it was the attempt to extend the power to stop “to include a right to search without warrant or without reasonable grounds that constitutes the serious *Charter* violation”. See also in this regard *R. v. Lamy* (1993), 80 C.C.C. (3d) 558 (Man. C.A.), and *R. v. Simpson* (1993), 20 C.R. (4th) 1 (Ont. C.A.). In both of these cases, cars were searched on the mere suspicion that they contained drugs; in both cases, the *Charter* breach was judged serious and the evidence excluded. Salhany J.'s finding of seriousness in this case, therefore, seems consistent with previous authority and well within the range of acceptable conclusions.

Tel que mentionné plus haut, j'accepte la conclusion du juge du procès que le policier n'avait pas de motifs raisonnables et probables d'agir quand il a fouillé l'automobile des appelantes. Notre Cour a souligné, à maintes reprises, la gravité d'une fouille ou perquisition effectuée en l'absence de motifs raisonnables et probables. Comme le juge Sopinka l'affirme dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 29:

Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l'avant et obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement, elle ne l'est pas moins. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. La poursuite concéderait volontiers qu'il y a eu violation de l'art. 8 si elle pouvait systématiquement obtenir l'utilisation de la preuve en vertu du par. 24(2) en prétendant que la police n'a pas obtenu de mandat parce qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables et probables pour ce faire. [Souligné dans l'original.]

Les éléments de preuve en cause dans cette affaire — des stupéfiants — ont été écartés même si la violation était relativement non attentatoire (une perquisition périphérique d'une maison d'habitation). On trouve des résultats similaires dans l'arrêt *Mellenthin*, précité, où, comme en l'espèce, une voiture a été interceptée légitimement, puis fouillée en contravention de l'art. 8. La Cour a statué, à la p. 630, que c'est la tentative d'élargir le pouvoir d'interception «de manière à inclure le droit de fouiller sans mandat ou sans motif raisonnable qui constitue la violation grave de la *Charte*». Voir également à cet égard les arrêts *R. c. Lamy* (1993), 80 C.C.C. (3d) 558 (C.A. Man.), et *R. c. Simpson* (1993), 20 C.R. (4th) 1 (C.A. Ont.). Dans ces deux affaires, des voitures avaient été fouillées sur la foi d'un simple soupçon que de la drogue s'y trouvait; dans les deux cas, la violation de la *Charte* a été jugée grave et les éléments de preuve ont été écartés. La conclusion du juge Salhany à la gravité de la violation en l'espèce semble donc compatible avec la jurisprudence antérieure et constitue bien une conclusion acceptable.

Moreover, the evidence suggests that the officer, Constable Boyce, may have lied about his conduct in searching the appellants' vehicle. He testified that he did not search the trunk of the car until after it had been towed to the police detachment. However, Sergeant Thornton, his supervisor, testified that when he arrived at the side of the road, Constable Boyce pointed out to him the contents of the trunk, which had already been opened. Salhany J. explicitly found Sergeant Thornton's evidence preferable to that of Constable Boyce, noting that Constable Boyce's testimony was inconsistent with his own notes made during the investigation. While Salhany J. declined to comment further on this discrepancy in Constable Boyce's evidence, perhaps wishing to avoid discrediting an overzealous constable, I believe it further supports his conclusion that the breach in this case was serious.

In light of these factors, I cannot say that Salhany J. acted unreasonably in concluding that the *Charter* breach in this case was sufficiently serious to warrant exclusion of the evidence. That I might have held otherwise were I in his position does not by itself warrant overturning his decision.

Finally, I must respectfully disagree with Cory J.'s conclusion that the trial judge gave inadequate consideration to the third consideration under s. 24(2), whether the exclusion of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. As the Chief Justice stated in *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740, at p. 751 (quoting Doherty J.A.'s reasons in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (Ont. C.A.)):

Where a case turns on the application of well-settled legal principles to facts as found after a consideration of conflicting evidence, the trial judge is not required to expound upon those legal principles to demonstrate to those parties, much less to the Court of Appeal, that he or she was aware of and applied those principles.

En outre, la preuve porte à croire que le policier, à savoir l'agent Boyce, peut avoir menti au sujet du comportement qu'il a adopté en fouillant le véhicule des appelantes. Il a déclaré sous serment n'avoir fouillé le coffre de la voiture qu'après qu'elle eut été remorquée au poste de police. Cependant, son superviseur, le sergent Thornton, a témoigné que, lorsqu'il est arrivé au bord de la route, l'agent Boyce lui a indiqué le contenu du coffre, qui avait déjà été ouvert. Le juge Salhany a expressément préféré le témoignage du sergent Thornton à celui de l'agent Boyce, en faisant remarquer que le témoignage de l'agent Boyce était incompatible avec les notes qu'il avait lui-même prises durant l'enquête. Bien que le juge Salhany ait refusé de faire d'autres commentaires sur cette contradiction dans le témoignage de l'agent Boyce, afin peut-être d'éviter de discréditer un policier trop zélé, je crois que cela justifie davantage sa conclusion que la violation était grave en l'espèce.

Comme tenu de ces facteurs, je ne puis affirmer que le juge Salhany a agi déraisonnablement en concluant que la violation de la *Charte* en l'espèce était suffisamment grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve. Le fait que j'aurais pu statuer de façon différente si j'avais été à sa place ne justifie pas en soi d'écarter sa décision.

Enfin, je dois en toute déférence me dissocier de la conclusion du juge Cory que le juge du procès n'a pas tenu compte suffisamment du troisième facteur visé au par. 24(2), à savoir si l'exclusion des éléments de preuve déconsidérerait l'administration de la justice. Comme le Juge en chef l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740, à la p. 751 (en citant les motifs du juge Doherty dans l'arrêt *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.)):

[TRADUCTION] Lorsque l'issue d'une affaire dépend de l'application de principes juridiques bien établis à des faits constatés après avoir examiné des éléments de preuve contradictoires, le juge du procès n'est pas tenu d'expliquer ces principes juridiques pour démontrer aux parties, encore moins à la cour d'appel, qu'il connaît ces principes et qu'il les a appliqués.

90

91

92

93

See also *Barrett, supra; Burns, supra; Shropshire, supra*. Salhany J. began his reasons on s. 24(2) by listing the three factors to be considered in applying this section of the *Charter*. I am unable to accept that over the course of his reasons (some two pages), he somehow forgot one of them and thus did not take it into account. As Kent Roach observes in *Constitutional Remedies in Canada* (1994 (loose-leaf)) at ¶10.1850-¶10.1860, the third s. 24(2) factor is often mentioned only in passing, even in decisions of this Court. This does not mean judges are not taking it into account. Whether the trial judge gave it sufficient weight in this case is really a question of the reasonableness of his conclusion: given the effect of exclusion on the administration of justice, was it unreasonable to exclude the evidence in this case? For the reasons given above, I am of the clear opinion that it was not. Given the exclusion of evidence in cases such as *Mellenthin* and *Lamy*, I believe Salhany J. was well within reasonable standards in deciding to exclude the evidence.

94

In summary, I believe the appellant Belnavis' appeal should be allowed. Although I understand why the Court of Appeal may have decided differently from the trial judge with respect to issues arising under s. 24(2) of the *Charter*, and why my colleagues on this Court may wish to do so, I am unwilling to override our long-standing principle of deference in cases such as these. I find in the trial judge's reasons no error in principle or unreasonable finding which warranted intervention by the Court of Appeal. I would therefore allow the appeal of the appellant Belnavis, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the acquittal entered at trial.

95

I wish to add that since preparing these reasons, I have had the advantage of reading the reasons prepared by my colleague, Sopinka J. With

Voir également les arrêts *Barrett, Burns* et *Shropshire*, précités. Le juge Salhany a commencé l'exposé de ses motifs relativement au par. 24(2) en énumérant les trois facteurs qu'il faut prendre en considération en appliquant cette disposition de la *Charte*. Je suis incapable d'accepter que, dans ses motifs (environ deux pages), il en a oublié un pour une raison ou pour une autre et qu'il n'en a donc pas tenu compte. Comme Kent Roach le fait remarquer dans *Constitutional Remedies in Canada* (1994 (feuilles mobiles)), aux ¶10.1850 et 10.1860, le troisième facteur visé au par. 24(2) n'est souvent mentionné qu'en passant, même dans des arrêts de notre Cour. Cela ne veut pas dire que les juges n'en tiennent pas compte. La question de savoir si le juge du procès lui a accordé suffisamment d'importance en l'espèce concerne vraiment le caractère raisonnable de sa conclusion: vu l'effet de l'exclusion des éléments de preuve sur l'administration de la justice, était-il déraisonnable de les écarter en l'espèce? Pour les raisons exposées ci-dessus, je suis nettement d'avis qu'il n'était pas déraisonnable de le faire. Vu l'exclusion d'éléments de preuve dans des arrêts comme *Mellenthin* et *Lamy*, je crois que le juge Salhany a bien respecté des normes raisonnables en décidant d'écarter les éléments de preuve.

En résumé, je crois qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi de l'appelante Belnavis. Bien que je comprenne pourquoi la Cour d'appel a pu arriver à une décision différente de celle du juge du procès en ce qui concerne les questions soulevées en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, et pourquoi mes collègues de la Cour peuvent souhaiter faire de même, je ne suis pas disposé à passer outre au principe de retenue que nous appliquons depuis longtemps dans des cas comme la présente affaire. Je ne vois, dans les motifs du juge du procès, aucune erreur de principe ni aucune conclusion déraisonnable qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi de l'appelante Belnavis, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'acquiescement inscrit au procès.

Je tiens à ajouter que, depuis que j'ai rédigé les présents motifs, j'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Sopinka. En toute défé-

respect, I cannot agree with his attempt to distinguish this case from *Kokesch*, *supra*. *Kokesch* involved a warrantless search of the perimeter of a house, not of its interior. The relevant comparison in terms of reasonable expectation of privacy is therefore not between “a dwelling and an automobile”, as Sopinka J. suggests at para. 71, but rather between the outside of a house and the inside of a car. I am not convinced, as is he, that one gives rise to so markedly different a reasonable expectation of privacy than the other as to warrant overruling the trial judge’s decision to exclude the evidence.

Moreover, the nature of the place searched is not, with respect, relevant to the applicability of *Kokesch*. The point of the principle stated in that case is that when police do not have sufficient grounds to support a search, they must leave the suspect alone and not proceed in violation of the *Charter* in order to acquire the evidence they want. I see no reason why this is any less true — or any less important — in the case of an automobile than in the case of a home or office. Certainly lower courts have shown no hesitation in applying this principle to exclude evidence obtained in unconstitutional searches of suspects’ cars: see, e.g. *R. v. Klimchuk* (1991), 67 C.C.C. (3d) 385 (B.C.C.A.); *R. v. Stockley*, [1997] N.J. No. 25 (S.C.T.D.); *R. v. W.S.S.K.*, [1991] B.C.J. No. 3603 (Prov. Ct.). In this respect, I can do no better than quote Sopinka J.’s dissenting reasons in *Wise*, *supra*, at p. 577, in which he states:

In my opinion, we would attribute to the arbiter of this question too high a degree of subtlety if we tried to distinguish this case from *Kokesch*. . . . The significant fact for *Charter* purposes is the illegal trespass knowingly committed by the police.

rence, je ne puis souscrire à sa tentative de distinguer la présente affaire d’avec l’arrêt *Kokesch*, précité. Dans *Kokesch*, il était question d’une perquisition sans mandat dans le périmètre d’une maison, non à l’intérieur de celle-ci. La comparaison pertinente est donc non pas entre l’attente raisonnable en matière de vie privée «dans une maison d’habitation et celle dans une automobile», comme l’affirme le juge Sopinka au par. 71, mais plutôt entre l’attente raisonnable en matière de vie privée à l’extérieur d’une maison et celle à l’intérieur d’une automobile. Je ne suis pas convaincu, comme lui, que l’attente raisonnable en matière de vie privée, dans un cas, est différente de celle qui existe dans l’autre cas au point de justifier d’infirmier la décision du juge du procès d’écarter la preuve.

De plus, la nature de l’endroit visé par la fouille ou la perquisition n’est pas, en toute déférence, pertinente pour décider de l’applicabilité de l’arrêt *Kokesch*. Le principe énoncé dans cette affaire veut que, lorsque les policiers n’ont pas de motifs suffisants pour justifier une fouille ou perquisition, ils doivent laisser le suspect tranquille et ne pas agir contrairement à la *Charte* pour obtenir la preuve souhaitée. Je ne vois aucune raison pour laquelle ce serait moins vrai ou moins important dans le cas d’une automobile que dans le cas d’une maison ou d’un bureau. Des tribunaux d’instance inférieure n’ont sûrement fait preuve d’aucune hésitation à appliquer ce principe pour écarter la preuve obtenue au moyen de fouilles inconstitutionnelles d’automobiles de suspects: voir, par exemple, *R. c. Klimchuk* (1991), 67 C.C.C. (3d) 385 (C.A.C.-B.); *R. c. Stockley*, [1997] N.J. No. 25 (C.S. 1^{re} inst.); *R. c. W.S.S.K.*, [1991] B.C.J. No. 3603 (C. prov.). À cet égard, je ne puis que citer les motifs de dissidence du juge Sopinka dans *Wise*, précité, à la p. 577, où il affirme:

J’estime que nous attribuerions à l’arbitre de cette question un degré trop élevé de subtilité si nous tentions d’établir une distinction entre la présente affaire et l’affaire *Kokesch*. [. . .] Le fait important aux fins de la *Charte* est l’intrusion illégale commise sciemment par les policiers.

Appeal dismissed, IACOBUCCI J. dissenting in part, LA FOREST J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Pinkofsky, Lockyer & Kwinter, Toronto.

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

Pourvoi rejeté, le juge IACOBUCCI est dissident en partie, le juge LA FOREST est dissident.

Procureurs des appelantes: Pinkofsky, Lockyer & Kwinter, Toronto.

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

Mark Donald Benner *Appellant*

v.

The Secretary of State of Canada and the Registrar of Citizenship *Respondents*

and

The Federal Superannuates National Association *Intervener*

INDEXED AS: BENNER v. CANADA (SECRETARY OF STATE)

File No.: 23811.

1997: September 23.

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

JUDGMENT

Judgments and orders — Provisions of Citizenship Act found to be unconstitutional — Judgment as to effect of reasons — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(c), 5(2)(b), 12(3), 19, 20, 22 — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20.

JUDGMENT

The appeal of the appellant, Mark Donald Benner, is allowed and the judgment of the Federal Court of Appeal¹ is set aside. The decision of the Registrar of Canadian Citizenship dated October 17, 1989, rejecting the appellant's application for citizenship is quashed and the Registrar is directed to deal with the appellant's application in accordance with this judgment and the reasons for judgment². The requirement of an oath contained in s. 3(1)(c) of the *Citizenship Act* shall be read without reference to s. 5(2)(b) of that Act. The words "by a person authorized by regulation to make the application" in s. 5(2)(b) of the *Citizenship Act* are declared inoperative. Sections 12(3), 19, 20 and 22 of the *Citizenship Act* shall be read without refer-

¹ [1994] 1 F.C. 250.

² [1997] 1 S.C.R. 358.

Mark Donald Benner *Appellant*

c.

Le secrétaire d'État du Canada et le greffier de la citoyenneté *Intimés*

et

L'Association nationale des retraités fédéraux *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: BENNER c. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT)

N° du greffe: 23811.

1997: 23 septembre.

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

JUGEMENT

Jugements et ordonnances — Dispositions de la Loi sur la citoyenneté jugées inconstitutionnelles — Jugement concernant l'effet des motifs — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)(c), 5(2)(b), 12(3), 19, 20, 22 — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20.

JUGEMENT

Le pourvoi de l'appellant Mark Donald Benner est accueilli et l'arrêt de la Cour d'appel fédérale¹ est annulé. La décision du 17 octobre 1989 du greffier de la citoyenneté canadienne de rejeter la demande de citoyenneté de l'appelant est annulée et il est enjoint au greffier d'examiner la demande de l'appelant conformément au présent jugement et aux motifs de jugement². L'exigence de serment contenue à l'al. 3(1)(c) de la *Loi sur la citoyenneté* doit s'interpréter indépendamment de l'al. 5(2)(b) de cette loi. Les mots «par la personne qui y est autorisée par règlement», qui figurent à l'al. 5(2)(b) de la *Loi sur la citoyenneté*, sont déclarés inopérants. Le paragraphe 12(3) et les art. 19, 20 et 22 de la *Loi sur la citoyenneté* doivent s'interpréter

¹ [1994] 1 C.F. 250.

² [1997] 1 R.C.S. 358.

ence to s. 5(2)(b) of that Act. Section 20 of the *Citizenship Regulations* shall be read without reference to s. 5(2)(b) of the *Citizenship Act*.

indépendamment de l'al. 5(2)b) de cette loi. L'article 20 du *Règlement sur la citoyenneté* doit s'interpréter indépendamment de l'al. 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté*.

2

Costs are payable to the appellant throughout.

L'appelant a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'appelant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitor for the respondents: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur des intimés: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 3, 1997 Vol. 3

3^e cahier, 1997 Vol. 3

Cited as [1997] 3 S.C.R. 391-567 .

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 391-567

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1997.

CONTENTS

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System)..... 440

Administrative law — Judicial review — Public inquiry — Jurisdiction — Notices of possible findings of misconduct — Whether Commission had jurisdiction to make findings of misconduct — Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

Public inquiries — Jurisdiction — Notices of potential findings of misconduct — Whether notices unfair.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias..... 391

Courts — Jurisdiction — Appeals — Federal Court of Appeal — Federal Court Trial Division staying citizenship revocation proceedings — Whether stay of proceedings a decision made under s. 18(1) of Citizenship Act — Whether decision to stay proceedings can be appealed to Federal Court of Appeal —

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1997.

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada)..... 440

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Enquête publique — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Le commissaire avait-il compétence pour conclure à l'existence d'une faute? — Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

Enquêtes publiques — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Les préavis étaient-ils équitables?

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobias..... 391

Tribunaux — Compétence — Appels — Cour d'appel fédérale — Section de première instance de la Cour fédérale suspendant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1).

Courts — Judges — Judicial independence — Government official meeting with Chief Justice of Federal Court to express concern about slow progress of citizenship revocation proceedings — Whether meeting between government official and chief justice interfered with judicial independence — If so, whether stay of proceedings appropriate remedy.

Civil procedure — Remedies — Stay of proceedings — Meeting between government official and chief justice causing damage to appearance of judicial independence — Whether stay of proceedings appropriate remedy.

Peixeiro v. Haberman..... 549

Limitation of actions — Motor vehicles — Torts — Discoverability — Plaintiffs commencing action against defendant more than three years after motor vehicle accident — Whether discoverability principle applies to postpone commencement of two-year limitation period — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1) — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 266(1).

R. v. S. (R.D.)..... 484

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Testimony of the only two witnesses (accused and police officer) at odds and that of accused accepted — Police officer white and accused a black youth — Oral reasons making reference to police and racism in general context — Youth Court Judge's comments not tied to officer appearing before the Court — Whether reasonable apprehension of bias.

SOMMAIRE (Fin)

des procédures en révocation de la citoyenneté — La suspension des procédures constituait-elle une décision visée à l'art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté? — La décision de suspendre les procédures peut-elle faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale? — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1).

Tribunaux — Juges — Indépendance judiciaire — Rencontre d'un fonctionnaire du gouvernement avec le juge en chef de la Cour fédérale pour protester contre la lenteur des procédures en révocation de la citoyenneté — La rencontre a-t-elle porté atteinte à l'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, la suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

Procédure civile — Réparations — Suspension des procédures — La rencontre entre le fonctionnaire du gouvernement et le juge en chef a compromis l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire — La suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

Peixeiro c. Haberman..... 549

Prescription — Véhicules automobiles — Responsabilité délictuelle — Possibilité de découvrir le dommage — Action des demandeurs contre le défendeur plus de trois ans après l'accident de la route — La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique-t-elle de façon à reporter le commencement du délai de prescription de deux ans? — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 206(1) — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 266(1).

R. c. S. (R.D.)..... 484

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Les témoignages des deux seuls témoins (l'accusé et un policier) différent et celui de l'accusé est accepté — Le policier est de race blanche et l'accusé est un jeune Noir — Des motifs prononcés oralement font référence aux policiers et au racisme dans un contexte général — Les remarques du juge du tribunal pour adolescents ne visent pas le policier qui a comparu devant la Cour — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

Erichs Tobias *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and between

Johann Dueck *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and between

Helmut Oberlander *Appellant*

v.

The Minister of Citizenship and Immigration *Respondent*

and

The Canadian Jewish Congress *Intervener*

INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. TOBIASS

File No.: 25811.

1997: June 26; 1997: September 25.

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

Courts — Jurisdiction — Appeals — Federal Court of Appeal — Federal Court Trial Division staying citizenship revocation proceedings — Whether stay of proceedings a decision made under s. 18(1) of Citizenship Act — Whether decision to stay proceedings can be appealed to Federal Court of Appeal — Citizenship Act,

Erichs Tobias *Appellant*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et entre

Johann Dueck *Appellant*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et entre

Helmut Oberlander *Appellant*

c.

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration *Intimé*

et

Le Congrès juif canadien *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. TOBIASS

N° du greffe: 25811.

1997: 26 juin; 1997: 25 septembre.

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

Tribunaux — Compétence — Appels — Cour d'appel fédérale — Section de première instance de la Cour fédérale suspendant des procédures en révocation de la citoyenneté — La suspension des procédures constituait-elle une décision visée à l'art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté? — La décision de suspendre les procédures peut-elle faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale? — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985),

R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1).

Courts — Judges — Judicial independence — Government official meeting with Chief Justice of Federal Court to express concern about slow progress of citizenship revocation proceedings — Whether meeting between government official and chief justice interfered with judicial independence — If so, whether stay of proceedings appropriate remedy.

Civil procedure — Remedies — Stay of proceedings — Meeting between government official and chief justice causing damage to appearance of judicial independence — Whether stay of proceedings appropriate remedy.

In January 1995 the appellants received notices informing them that the respondent Minister intended to seek revocation of their Canadian citizenship on the ground that they had obtained it by failing to divulge to Canadian officials details of their involvement in atrocities committed during the Second World War. At the appellants' request, the cases were referred to the Federal Court — Trial Division. Numerous procedural disputes then arose. On December 12, 1995 counsel for one of the appellants argued for the whole day on the preliminary motions before the Associate Chief Justice. In January 1996 the court advised the parties that May 15 and 16 had been set aside for the completion of the argument. Counsel for the respondent wrote a letter to the court administrator, a copy of which he sent to counsel for the appellants, complaining in strong terms about the slow progress of the cases. Following a teleconference with the parties, the Associate Chief Justice confirmed that oral argument on the preliminary issues would take place on May 15 and 16, 1996. On March 1, T, the Assistant Deputy Attorney General in charge of civil litigation at the federal Department of Justice, met with the Chief Justice of the Federal Court. The two men discussed the scheduling of the appellants' cases and later that day exchanged letters, neither of which was copied to any of the counsel for the appellants. In his letter to the Chief Justice, T referred to the fact that the Attorney General was being asked to consider taking a reference to the Supreme Court of Canada to determine some preliminary points of law primarily because the Trial Division was unable or unwilling to proceed with the cases expeditiously. In his reply, the Chief Justice stated that he had discussed T's concerns with the Associate Chief Justice, and that both were prepared to take all reasonable steps to avoid such a reference. He added that the Associate Chief Justice said he had not

ch. C-29, art. 18(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1).

Tribunaux — Juges — Indépendance judiciaire — Rencontre d'un fonctionnaire du gouvernement avec le juge en chef de la Cour fédérale pour protester contre la lenteur des procédures en révocation de la citoyenneté — La rencontre a-t-elle porté atteinte à l'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, la suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

Procédure civile — Réparations — Suspension des procédures — La rencontre entre le fonctionnaire du gouvernement et le juge en chef a compromis l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire — La suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

En janvier 1995, les appelants ont reçu des avis les informant que le ministre intimé avait l'intention de demander la révocation de leur citoyenneté canadienne pour le motif qu'ils avaient obtenu cette dernière en omettant de divulguer aux fonctionnaires canadiens les circonstances de leur participation à des atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale. À la demande des appelants, les causes ont été renvoyées devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Par la suite, il s'en est suivi plusieurs contestations ayant trait à la procédure. Le 12 décembre 1995, l'avocat de l'un des appelants a présenté ses arguments durant toute la journée relativement aux requêtes préliminaires dont le juge en chef adjoint était saisi. En janvier 1996, la cour a avisé les parties que les dates du 15 et du 16 mai 1996 avaient été retenues pour terminer l'audition des arguments. L'avocat de l'intimé a envoyé une lettre, dont il a transmis copie aux avocats des appelants, à l'administrateur de la cour pour protester avec véhémence contre la lenteur du procès. Suite à une conférence téléphonique qu'il a eue avec les parties, le juge en chef adjoint a confirmé que les plaidoiries orales concernant les questions préliminaires auraient lieu les 15 et 16 mai 1996. Le 1^{er} mars, T, alors sous-procureur général adjoint chargé du contentieux des affaires civiles au ministère fédéral de la Justice, a rencontré le juge en chef de la Cour fédérale. Les deux hommes ont discuté du renvoi à l'audience des causes des appelants et, plus tard ce jour-là, ils ont échangé des lettres, dont copie n'a été transmise à aucun des avocats des appelants. Dans sa lettre adressée au juge en chef, T a mentionné le fait que le procureur général du Canada avait été invité à envisager la possibilité d'un renvoi à la Cour suprême du Canada pour résoudre certaines questions de droit préalables, en raison surtout du fait que la Section de première instance ne pouvait ou ne voulait pas faire

fully appreciated “the urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like” until he had read T’s letter. However, now that he was aware of the Government’s concerns he would devote one week from May 15 to deal with the cases not only with respect to the preliminary points but also with respect to the merits. The respondent provided copies of these letters to the appellants. Counsel for the appellants advised the court that they would move for a stay of proceedings on the ground that T and the Chief Justice had interfered with the independence of the Associate Chief Justice. The Associate Chief Justice then recused himself. He directed that the appellants’ cases should go forward under a new judge. The appellants’ application for a stay of proceedings was granted. The Federal Court of Appeal, having decided that it had jurisdiction to consider the appeal, set aside the stay.

Held: The appeal should be dismissed.

The Federal Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown’s appeal in this case. The stay of proceedings ordered was not a decision made “under” s. 18(1) of the *Citizenship Act*. Section 18(1) refers to a very particular kind of decision: a decision as to whether a person “has obtained, retained, renounced or resumed citizenship” by false pretences. Whether s. 18(1) is interpreted narrowly as encompassing only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, or more broadly to include the interlocutory decisions made in the context of a s. 18(1) hearing which are related to this determination, it is apparent that it does not encompass an order granting or denying a stay of proceedings. Section 18(3) of the *Citizenship Act*, which provides that no appeal lies from a decision of the Trial Division made under s. 18(1), thus does not apply. A decision allowing or denying a motion for a stay of proceedings is a decision made under s. 50 of the *Federal Court Act* and may be appealed according to the rules set out in s. 27 of that Act.

The appearance of judicial independence suffered significantly as a result of the meeting between T and the Chief Justice. The test for determining whether the

diligence pour instruire les affaires. Dans sa réponse, le juge en chef a dit qu’il avait fait part des préoccupations de T au juge en chef adjoint et qu’ils étaient prêts, tous les deux, à prendre toutes les mesures raisonnables afin d’éviter un tel renvoi. Il a ajouté que le juge en chef adjoint avait dit qu’il ne se rendait pas pleinement compte, avant de lire la lettre de T, «de la nécessité qu’il y a à les [les affaires] instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement». Cependant, s’en étant rendu compte, il allait consacrer, à compter du 15 mai, une semaine à l’audition non seulement des questions préliminaires, mais aussi de la cause au fond. L’intimé a transmis des copies de ces lettres aux appelants. Les avocats des appelants ont avisé la cour qu’ils demanderaient une suspension des procédures pour le motif que T et le juge en chef avaient porté atteinte à l’indépendance du juge en chef adjoint. Le juge en chef adjoint s’est alors récusé. Il a ordonné que l’instance soit instruite par un nouveau juge. La demande des appelants visant à obtenir une suspension des procédures a été accueillie. La Cour d’appel fédérale, ayant décidé qu’elle avait compétence pour examiner l’appel, a annulé la suspension.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d’appel fédérale avait compétence pour entendre l’appel du ministère public en l’espèce. La suspension des procédures ordonnée ne constituait pas une décision «visée au» par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le paragraphe 18(1) renvoie à un genre très particulier de décision: il s’agit de décider si une personne a acquis, conservé ou répudié la citoyenneté ou a été réintégrée dans celle-ci par des moyens frauduleux. Que le par. 18(1) soit interprété de façon stricte de manière à viser seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux ou de façon plus libérale afin d’englober les jugements interlocutoires se rapportant à cette décision qui sont rendus dans le cadre d’une audience visée par le par. 18(1), il est manifeste qu’il ne comprend pas une ordonnance accordant ou refusant la suspension des procédures. Le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui prévoit qu’aucune décision de la Section de première instance visée au par. 18(1) n’est susceptible d’appel, ne s’applique donc pas. Une décision accueillant ou rejetant la requête en suspension des procédures est une décision prévue à l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et elle peut faire l’objet d’un appel conformément aux règles énoncées à l’art. 27 de cette Loi.

L’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été compromise de façon substantielle par la rencontre entre T et le juge en chef. Le critère

appearance of judicial independence has been maintained is whether a reasonable observer would perceive that the court was able to conduct its business free from the interference of the government and of other judges. As a general rule of conduct, counsel for one party should not discuss a particular case with a judge except with the knowledge and preferably with the participation of counsel for the other parties to the case. The meeting between T and the Chief Justice, at which counsel for the appellants were not present, violated this rule and was clearly inappropriate, despite the fact that the occasion for the meeting was a highly legitimate concern about the exceedingly slow progress of the cases. Again as a general rule, a judge should not accede to the demands of one party without giving counsel for the other parties a chance to present their views. It was therefore clearly wrong, and seriously so, for the Chief Justice to speak to the Associate Chief Justice at the instance of T. While a chief justice is responsible for the expeditious progress of cases through his or her court and may under certain circumstances be obligated to take steps to correct tardiness, the actions of the Chief Justice here were in the nature of a response to a party rather than to a problem. Similarly, the Associate Chief Justice acted inappropriately by responding as he did to the Chief Justice's intervention without the participation of counsel for the appellants. A reasonable observer apprised of the workings of the Federal Court and of all the circumstances would perceive that the Chief Justice and the Associate Chief Justice were improperly and unduly influenced by a senior officer of the Department of Justice. However, there is no persuasive evidence of bad faith on the part of any of those involved, nor is there any solid evidence that the independence of the judges in question was actually compromised.

An appellate court may not lightly interfere with a trial judge's decision to grant or not to grant a stay of proceedings, which is a discretionary remedy. While a stay is usually sought to remedy some unfairness to the individual that has resulted from state misconduct, there is also a "residual category" of cases in which a stay may be warranted. This residual category comprises cases in which a prosecution is conducted in such an unfair or vexatious manner that it contravenes notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. For a stay of proceedings to be appropriate in a case falling into the residual category, it must appear that the state misconduct is likely to continue in the future or that the carrying forward of the prosecution

pour déterminer si l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été maintenue consiste à se demander si un observateur raisonnable aurait conclu que la cour pouvait mener ses affaires en toute liberté, à l'abri d'une intervention du gouvernement et des autres juges. Une règle de conduite générale veut que l'avocat d'une partie ne discute pas d'une affaire donnée avec le juge sauf si les avocats des autres parties sont au courant et de préférence, participent à la discussion. La rencontre entre T et le juge en chef, à laquelle les avocats des appelants n'ont pas assisté, violait cette règle et était manifestement inappropriée, bien que la rencontre ait eu pour origine une préoccupation bien légitime au sujet de la progression excessivement lente de l'instance. Encore une fois en règle générale, le juge ne devrait pas accéder aux demandes d'une partie sans accorder aux avocats des autres parties la possibilité de présenter leurs points de vue. C'était donc manifestement une erreur, et une erreur grave, de la part du juge en chef de parler au juge en chef adjoint à la demande de T. Bien qu'un juge en chef soit responsable de l'instruction diligente des affaires dont sa cour est saisie et qu'il puisse, dans certains cas, être obligé de prendre des mesures pour corriger les retards, les actes du juge en chef en l'espèce ont été accomplis davantage pour répondre à l'une des parties que pour régler un problème. De même, le juge en chef adjoint a agi de façon intempestive en réagissant comme il l'a fait à l'intervention du juge en chef, sans demander le concours des avocats des appelants. Un observateur raisonnable au fait des travaux de la Cour fédérale et de toutes les circonstances conclurait que le juge en chef et le juge en chef adjoint ont été influencés de façon induue et incorrecte par un haut fonctionnaire du ministère de la Justice. Cependant, aucune preuve convaincante n'établit que l'un des acteurs de ce drame ait agi de mauvaise foi et il n'y a pas non plus de preuve solide que l'indépendance des juges en question ait été compromise dans les faits.

Une cour d'appel ne peut pas intervenir à la légère dans la décision d'un juge de première instance d'accorder ou de ne pas accorder la suspension des procédures qui est une réparation discrétionnaire. Bien qu'on demande habituellement la suspension des procédures pour corriger l'injustice dont est victime un particulier du fait de la conduite répréhensible de l'État, il existe aussi une «catégorie résiduelle» de cas où une telle suspension peut être justifiée. Cette catégorie résiduelle comprend les affaires dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Pour que la suspension des procédures soit appropriée dans

will offend society's sense of justice. It must also be shown that no remedy other than a stay is reasonably capable of removing this misconduct. As well, it may be necessary in some cases to balance the interests that would be served by granting a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits. This balancing process would not be appropriate in the case of an ongoing affront to judicial independence or of a particularly egregious interference, either of which would outweigh any interest society might have in continuing the proceedings. Neither of these circumstances is present here.

A stay of proceedings is not the appropriate remedy in these cases. First, there is no likelihood that the carrying forward of the cases will manifest, perpetuate or aggravate any abuse. Second, the lesser remedy of ordering the cases to go forward under the supervision of a different judge of the Trial Division without any direction or intervention from the Chief Justice or the Associate Chief Justice will suffice. Third, Canada's interest in not giving shelter to those who concealed their wartime participation in acts of atrocities outweighs any foreseeable harm that might be done to the appellants or to the integrity of the system by proceeding with the cases. The appropriate remedy here is to have the cases against the appellants go forward under the supervision of a judge of the Trial Division who has had nothing to do with the affairs that form the subject matter of this appeal. The judge appointed will ignore all directions previously given by the Associate Chief Justice or the Chief Justice in these cases. The Chief Justice and Associate Chief Justice should not have anything further to do with these cases.

Cases Cited

Referred to: *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *R. v. Carosella*,

un cas visé par la catégorie résiduelle, il doit ressortir que la conduite répréhensible de l'État risque de continuer à l'avenir ou que la poursuite des procédures choquera le sens de la justice de la société. Il doit également être établi qu'aucune autre réparation ne peut raisonnablement corriger cette conduite répréhensible. En outre, il peut s'avérer nécessaire dans certains cas de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Cette mise en balance ne serait pas appropriée s'il y avait atteinte persistante à l'indépendance judiciaire ou ingérence particulièrement grave car l'une ou l'autre l'emporterait sur l'intérêt de la société de poursuivre le débat judiciaire. Aucune de ces hypothèses ne se présente en l'espèce.

La suspension des procédures n'est pas la réparation convenable en l'espèce. Premièrement, il n'y a pas de risque que la poursuite des procédures révèle, perpétue ou aggrave quelque abus. Deuxièmement, la réparation moindre qui consiste à ordonner l'instruction de l'instance devant un autre juge de la Section de première instance, avec interdiction au juge en chef et au juge en chef adjoint de donner des directives ou d'intervenir, suffira. Troisièmement, l'intérêt du Canada à ne pas donner refuge à ceux qui ont dissimulé leur participation en temps de guerre à des atrocités l'emporte sur tout préjudice prévisible que la poursuite des procédures pourrait causer aux appelants ou à l'intégrité du système. La réparation convenable en l'espèce consiste à permettre l'instruction des poursuites dirigées contre les appelants par un juge de la Section de première instance non mêlé jusqu'ici aux affaires qui font l'objet du présent pourvoi. Le juge désigné ne devra pas tenir compte des directives données antérieurement par le juge en chef adjoint ou le juge en chef dans ces dossiers. Le juge en chef et le juge en chef adjoint ne doivent plus intervenir.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *R. c. Carosella*,

[1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 710.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(2).
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2 "Court", 10, 18(1), (3).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 6(1), (3), 27(1) [am. 1990, c. 8, s. 7], 46, 50(1).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, rr. 5, 450-455, 461, 477, 900-920, 1714-1715.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40.

Authors Cited

Canada. Parliament. House of Commons. *Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada, with Annotations, Comments and Precedents*, 6th ed. By Alistair Fraser, W. F. Dawson and John A. Holtby. Toronto: Carswell, 1989.
 Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 1 F.C. 828, 142 D.L.R. (4th) 270, 208 N.R. 21, [1997] F.C.J. No. 2 (QL), setting aside a stay of proceedings entered by the Federal Court — Trial Division, [1996] 2 F.C. 729, 116 F.T.R. 69, 41 Admin. L.R. (2d) 272, [1996] F.C.J. No. 865 (QL). Appeal dismissed.

Gesta J. Abols, for the appellant Tobias.

Donald B. Bayne, for the appellant Dueck.

Michael Code, for the appellant Oberlander.

W. Ian C. Binnie, Q.C., for the respondent.

Ed Morgan, for the intervener.

[1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279; *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 710.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(2).
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 2 «Cour», 10, 18(1), (3).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 6(1), (3), 27(1) [mod. 1990, ch. 8, art. 7], 46, 50(1).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règles 5, 450 à 455, 461, 477, 900 à 920, 1714 et 1715.

Doctrine citée

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne: règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada* (6^e éd.). Par Alistair Fraser, W. F. Dawson et John A. Holtby. Toronto: Carswell, 1991.
 Wilson, J. O. *A Book for Judges*. Ottawa: Canadian Judicial Council, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 1 C.F. 828, 142 D.L.R. (4th) 270, 208 N.R. 21, [1997] A.C.F. n° 2 (QL), qui a annulé la suspension des procédures ordonnée par la Section de première instance de la Cour fédérale, [1996] 2 C.F. 729, 116 F.T.R. 69, 41 Admin. L.R. (2d) 272, [1996] A.C.F. n° 865 (QL). Pourvoi rejeté.

Gesta J. Abols, pour l'appelant Tobias.

Donald B. Bayne, pour l'appelant Dueck.

Michael Code, pour l'appelant Oberlander.

W. Ian C. Binnie, c.r., pour l'intimé.

Ed Morgan, pour l'intervenant.

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE COURT — This appeal raises three principal questions. The first and threshold question is whether this Court has jurisdiction to hear an appeal from a decision of a judge of the Federal Court — Trial Division to stay a citizenship revocation proceeding. The second question is whether certain events constituted an actual or apparent affront to judicial independence. The third question is whether, if there was any affront to judicial independence, a stay was, under the circumstances, the appropriate remedy.

LA COUR — Le présent pourvoi soulève trois questions principales. La première question — qui est aussi la question préliminaire — est de savoir si notre Cour a compétence pour entendre un pourvoi formé contre une décision d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale suspendant des procédures en révocation de la citoyenneté. La deuxième question est de savoir s'il y a eu atteinte, réelle ou apparente, à l'indépendance judiciaire. Dans l'affirmative, la troisième question est de savoir si la suspension des procédures était, dans les circonstances, la réparation convenable.

I. Facts

I. Les faits

The facts of this appeal present some difficulties. Much of the relevant evidence was known to Cullen J., who considered the appellants' application at first instance. But other items of evidence emerged only recently, following an order of this Court dated May 5, 1997. The additional evidence was not considered at trial and so has not given rise to any findings of fact. It is accordingly for this Court to determine the weight that should be assigned to it.

Les faits du présent pourvoi suscitent certaines difficultés. Bon nombre des éléments de preuve pertinents étaient connus du juge Cullen, qui a examiné la demande des appelants en première instance. Mais d'autres éléments de preuve ont été produits seulement récemment à la suite de l'ordonnance rendue par notre Cour le 5 mai 1997. Ces éléments n'ont pas été examinés au procès et n'ont ainsi donné lieu à aucune conclusion de fait. Il appartient donc à notre Cour de déterminer quel poids devra leur être attribué.

A. *The Evidence That Was Available to the Trial Division*

A. *Les éléments de preuve portés à la connaissance de la Section de première instance*

The following was known to the Trial Division and to the Federal Court of Appeal. Both courts based their decisions entirely upon it.

Les faits suivants étaient connus de la Section de première instance et de la Section d'appel de la Cour fédérale. Les deux cours ont fondé leurs décisions entièrement sur ces faits.

On January 27, 1995, the Registrar of Canadian Citizenship sent Notices of Revocation to the appellants, Helmut Oberlander, Johann Dueck and Erichs Tobiass. The purpose of these notices was to inform the appellants that the Minister of Citizenship and Immigration ("the Minister") intended to seek revocation of their Canadian citizenship on the ground that they had obtained it by failing to divulge to Canadian officials details of their involvement in atrocities committed during the Second World War. Mr. Oberlander, it was said, had concealed his "membership in the German *Sicherheitspolizei und SD* and *Einsatzkommando*

Le 27 janvier 1995, le greffier de la citoyenneté canadienne a envoyé des avis de révocation aux appelants, Helmut Oberlander, Johann Dueck et Erichs Tobiass. Ces avis visaient à les informer que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration («le ministre») avait l'intention de demander la révocation de leur citoyenneté canadienne pour le motif qu'ils avaient obtenu cette dernière en omettant de divulguer aux fonctionnaires canadiens les circonstances de leur participation à des atrocités commises durant la Seconde Guerre mondiale. Les avis précisaient que M. Oberlander avait dissimulé son [TRADUCTION] «appartenance au

10A during the Second World War and [his] participation in the executions of civilians during that period of time”; Mr. Dueck his “membership in the Selidovka district (*ralon*) police in German occupied Ukraine during the period 1941 to 1943, and [his] participation in the executions of civilians and prisoners-of-war during that time”; and Mr. Tobias his “membership in the *lettische Sicherheitshilfspolizei* (commonly known as the *Arajs Kommando*) subordinate to the German *Sicherheitspolizei und SD* during the period 1941 to 1943 in German occupied Latvia and [his] participation in the executions of civilians during that time and [his] membership in the *Waffen SS* during the period 1943 to 1945”.

Sicherheitspolizei und SD et au Einsatzkommando 10A allemands durant la Seconde Guerre mondiale et [sa] participation aux exécutions de civils durant cette période», M. Dueck, son [TRADUCTION] «appartenance à la police du district (*ralon*) de Selidovka dans l’Ukraine occupée par les Allemands durant la période allant de 1941 à 1943 et [sa] participation aux exécutions de civils et de prisonniers de guerre durant cette période», et M. Tobias, son [TRADUCTION] «appartenance à la *lettische Sicherheitshilfspolizei* (connue sous le nom du *Arajs Kommando*) qui était subordonnée à la *Sicherheitspolizei und SD* allemande durant la période de 1941 à 1943 dans la Lettonie occupée par les Allemands et [sa] participation aux exécutions de civils durant cette période ainsi que [son] appartenance aux *Waffen SS* durant la période allant de 1943 à 1945».

5 As they were entitled to do under s. 18(1)(a) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, the appellants asked the Minister to refer their cases to the Federal Court — Trial Division. By May 1, 1995, the Minister had referred all three cases to the court.

Ainsi qu’ils en avaient le droit en vertu de l’al. 18(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, les appelants ont demandé au ministre de renvoyer leurs causes devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Dès le 1^{er} mai 1995, le ministre a renvoyé les trois affaires devant la cour.

6 There then followed many procedural disputes. In May of 1995, the respondent sought directions from the court about the procedure to be followed and the appellants sought disclosure of the respondent’s case. On June 30, 1995, the respondent’s motions for directions came on for hearing before Jerome A.C.J. During the initial hearing, counsel for the appellants raised many preliminary issues. The Associate Chief Justice ordered the three cases joined for purposes of resolving the preliminary issues and he set a timetable for the filing of arguments in relation to them.

Il s’ensuivit plusieurs contestations ayant trait à la procédure. En mai 1995, l’intimé a demandé à la cour des directives au sujet de la procédure à suivre et les appelants ont demandé que l’intimé divulgue sa preuve. Le 30 juin 1995, les requêtes de l’intimé en vue d’obtenir des directives ont été plaidées devant le juge en chef adjoint Jerome. Durant l’audience initiale, les avocats des appelants ont soulevé de nombreuses questions préliminaires. Le juge en chef adjoint a ordonné la jonction des trois affaires en vue du règlement des questions préliminaires et il a fixé un échéancier pour le dépôt des mémoires s’y rapportant.

7 Throughout the summer of 1995, the appellants sought disclosure of documents that they judged to be relevant to their preliminary motions. In addition, they pressed the respondent to produce the details of the case against them. On August 25, 1995, Mr. Christopher Amerasinghe, who was counsel for the respondent at the time, informed counsel for the appellant Dueck that many of the

Tout au long de l’été 1995, les appelants ont demandé la communication des documents qu’ils jugeaient pertinents relativement à leurs requêtes préliminaires. De plus, ils ont pressé l’intimé de produire les détails de la preuve recueillie contre eux. Le 25 août 1995, M^e Christopher Amerasinghe, qui était l’avocat de l’intimé à l’époque, a informé l’avocat de l’appellant Dueck que bon

relevant documents were in the process of being translated and so were unavailable.

On October 4, 1995, Jerome A.C.J. telephoned the parties to schedule the argument of the preliminary motions. Mr. Amerasinghe indicated that he intended to claim that certain documents sought by the appellants were privileged. The parties agreed that the questions of disclosure and privilege had to be settled before the cases could proceed. The Associate Chief Justice chose December 12, 1995 as the date upon which he would hear argument concerning those questions. Mr. Amerasinghe agreed that December 12 was "a reasonable date as scheduling goes in courts in Toronto".

In November, the respondent released some documents to the appellants but withheld others. On December 12, 1995, counsel for the appellant Dueck argued for the whole day. At the end of the day, the matter was set over for continuation.

On January 10, 1996, the Federal Court — Trial Division advised the parties that May 15 and 16, 1996 had been set aside for the completion of the argument that had begun on December 12, 1995. Less than a week later, Mr. Amerasinghe wrote to the Court Administrator to protest the May dates. In the letter, a copy of which he sent to counsel for the appellants, Mr. Amerasinghe pointed out that many of the proposed witnesses were of "advanced age" and "frail in health". He complained in strong terms about the slow progress of the cases.

On February 19, 1996, the parties and the Associate Chief Justice participated in a teleconference. Mr. Amerasinghe repeated the points he had made earlier in his letter to the Court Administrator and offered to make submissions in writing in order to expedite the resolution of the preliminary issues. The Associate Chief Justice decided that he wished to have oral submissions. He confirmed that the

nombre des documents pertinents étaient en cours de traduction et ne pouvaient donc être communiqués.

Le 4 octobre 1995, le juge en chef adjoint Jerome a téléphoné aux parties afin de fixer une date pour l'audition des requêtes préliminaires. M^e Amerasinghe a indiqué qu'il avait l'intention d'invoquer un privilège à l'égard de certains des documents demandés par les appelants. Les parties ont convenu que les questions concernant la communication des pièces et le privilège devaient être réglées avant que l'instance puisse se poursuivre. Le juge en chef adjoint a fixé au 12 décembre 1995 l'audition des arguments des parties sur ces questions. M^e Amerasinghe était d'accord pour dire que le 12 décembre était [TRADUCTION] «une date raisonnable compte tenu des délais judiciaires à Toronto».

En novembre, l'intimé a communiqué quelques-uns des documents aux appelants mais a retenu les autres. Le 12 décembre 1995, l'avocat de l'appellant Dueck a présenté ses arguments durant toute la journée. À la fin de la journée, l'affaire a été remise à une date ultérieure.

Le 10 janvier 1996, la Section de première instance de la Cour fédérale a avisé les parties que les dates du 15 et du 16 mai 1996 avaient été retenues pour terminer l'audition des arguments commencée le 12 décembre 1995. Moins d'une semaine plus tard, M^e Amerasinghe a écrit à l'administrateur de la cour pour protester contre les dates fixées-en mai. Dans sa lettre, dont il a transmis copie aux avocats des appelants, M^e Amerasinghe a fait remarquer que plusieurs des témoins proposés étaient [TRADUCTION] «d'un âge avancé» et «de santé fragile». Il a protesté avec véhémence contre la lenteur des procédures.

Le 19 février 1996, les parties et le juge en chef adjoint ont participé à une conférence téléphonique. M^e Amerasinghe a repris les points qu'il avait exposés dans la lettre adressée à l'administrateur de la cour et il a offert de présenter des observations écrites afin d'accélérer le règlement des questions préliminaires. Le juge en chef adjoint a décidé qu'il voulait recevoir des observations

8

9

10

11

oral argument would take place on May 15 and 16, 1996.

12

The events that form the heart of this appeal took place on March 1, 1996. On that day, Mr. Ted Thompson, who was the Assistant Deputy Attorney General in charge of civil litigation at the federal Department of Justice, met with Isaac C.J. of the Federal Court. The two men discussed the scheduling of the appellants' cases and later that day exchanged letters, neither of which was copied to any of the counsel for the appellants. The letters read as follows:

March 1, 1996 HAND DELIVERED
The Honourable Chief Justice J. A. Isaac
Federal Court of Canada
Supreme Court of Canada Building
Ottawa, Ontario
K1A 0H9

Dear Chief Justice Isaac:

Re: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander,
T-866-95 and Johann Dueck, T-938-95

Further to our meeting of this morning in which I advised you that the Attorney General of Canada is being asked to consider taking a Reference to the Supreme Court of Canada to determine some preliminary points of law primarily because the Federal Court Trial Division is unable or unwilling to proceed with the subject cases expeditiously.

Notices of Intention to revoke the citizenship of the above-named individuals were sent out in January of 1995. They were persons who had been investigated in connection with allegations of war crimes and crimes against humanity during the second world war. Over the course of the next three months the cases were referred to the Federal Court. After complying with the requirements of Rule 920, Motions were brought requesting directions from the Court regarding discovery of evidence and taking evidence on commission. The Motions were filed April 13th (Tobias), May 11th (Oberlander) and May 18th (Dueck), 1995 respectively. These Motions were necessary as there are no procedural rules governing these proceedings. We suggested the procedure followed in the *Luitjens* case be followed. Our Motion

orales. Il a confirmé que les plaidoiries orales auraient lieu les 15 et 16 mai 1996.

Les événements à l'origine du présent pourvoi sont survenus le 1^{er} mars 1996. Ce jour-là, M^e Ted Thompson, alors sous-procureur général adjoint chargé du contentieux des affaires civiles au ministère fédéral de la Justice, a rencontré le juge en chef Isaac de la Cour fédérale. Les deux hommes ont discuté du renvoi à l'audience des causes des appelants et, plus tard ce jour-là, ils ont échangé des lettres, dont copie n'a été transmise à aucun des avocats des appelants. Les lettres étaient rédigées ainsi:

[TRADUCTION]

Le 1^{er} mars 1996 PAR MESSAGER
L'honorable J.A. Isaac, juge en chef
Cour fédérale du Canada
Édifice de la Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
K1A 0H9

Objet: Erichs Tobias, T-569-95, Helmut Oberlander,
T-866-95 et Johann Dueck, T-938-95

Monsieur le Juge en chef,

À la suite de notre rencontre de ce matin, au cours de laquelle je vous ai informé que le procureur général du Canada a été engagé à envisager de saisir la Cour suprême du Canada d'un renvoi tendant à résoudre certaines questions de droit préalables, en raison surtout du fait que la Section de première instance de la Cour fédérale ne peut ou ne veut pas faire diligence pour juger les causes susmentionnées.

Les avis d'intention de révoquer la citoyenneté des individus susnommés ont été envoyés en janvier 1995. Ces personnes avaient fait l'objet d'enquêtes pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité durant la Seconde Guerre mondiale. Au cours des trois mois suivants, leurs dossiers ont été déférés à la Cour fédérale. Après les formalités prévues à la règle 920, des requêtes ont été introduites pour demander à la Cour des directives en matière de communication des preuves et de commission rogatoire. Ces requêtes, respectivement déposées les 13 avril (Tobias), 11 mai (Oberlander) et 18 mai 1995 (Dueck), étaient nécessaires en ce qu'il n'existe aucune règle de procédure régissant les causes de ce genre. Nous avons suggéré d'appliquer la procédure suivie dans l'affaire *Luitjens*. Notre requête devait être entendue le 30 juin

was originally set down for argument on June 30, 1995. Associate Chief Justice Jerome had become seized of the three cases and determined to hear all preliminary motions regarding them. On June 30th, counsel for Dueck argued that the three cases should be joined and also indicated that he wished to bring a Motion to stay the proceedings for abuse of process. Jerome, A.C.J. joined the three cases and granted adjournments over the objections of our counsel. September 15, 1995 was set as the date for the filing of facta and in a tele-conference call on October 4, 1995 he set December 12, 1995 as the date on which argument was to be heard.

On December 12th, counsel for Dueck was permitted to argue all day and it was necessary to set the matter over for continuation. Jerome, A.C.J. indicated that the continuing date would be in February of 1996 despite our request for an earlier date and having regard to the fact that counsel for Dueck was available in early January. The Court declined to fix a date for continuation while all parties were present. When our counsel called the Court in January of 1996 requesting a date for continuation, he was advised several days later that argument had been set down for May 15th and 16th. We wrote the Court expressing concern about the long day [*sic*] and the urgency of proceeding with this matter. We suggested concluding the argument by written submissions. Counsel for Mr. Dueck objected and Jerome, A.C.J. indicated that even with written submissions he would want oral argument and on February 18th via tele-conference with all parties he ordered that the dates of May 15 and 16 stand.

There are likely to be approximately 12 similar cases brought to the Federal Court with as many as 6 persons being given notice during the course of this year.

We are very concerned if these cases are not dealt with expeditiously they will never be heard on their merits. A crucial witness on the *Tobiass* case has cancer and may not be able to testify. In the *Dueck* case one key witness has died, one is in hospital and two others are so ill that they are unable to travel. Our counsel has estimated that at the current pace of proceeding and considering appeals in respect to interlocutory matters it will be years before these matters can be heard on their merits.

1995. Le juge en chef adjoint Jerome, qui avait été saisi des trois dossiers, a décidé d'entendre toutes les requêtes préliminaires qui s'y rapportaient. Le 30 juin, l'avocat de Dueck soutient qu'il fallait fusionner les trois dossiers, et fait savoir qu'il se proposait d'introduire une requête en suspension des procédures pour abus de procédure. Le juge en chef adjoint Jerome a fusionné les trois dossiers et accordé l'ajournement malgré les objections de notre avocat. Il a fixé au 15 septembre 1995 le dépôt des mémoires et, lors d'une téléconférence tenue le 4 octobre 1995, il a fixé au 12 décembre 1995 l'ouverture des débats.

Le 12 décembre, l'avocat de Dueck a pu présenter ses arguments pendant une journée entière et il a été nécessaire de prévoir une reprise de l'audience. Le juge en chef adjoint Jerome a fait savoir que l'audience reprendrait en février 1996 malgré notre demande d'une date plus proche et bien que l'avocat de Dueck fût disponible au début de janvier. La Cour a refusé de fixer une date pour la reprise de l'audience alors que toutes les parties étaient présentes. Lorsque notre avocat appela la Cour en janvier 1996 pour demander la fixation d'une date pour la reprise de l'audience, il a été informé plusieurs jours après que les débats reprendraient les 15 et 16 mai. Nous avons écrit à la Cour pour faire part de nos préoccupations au sujet du long délai et de la nécessité qu'il y avait à instruire d'urgence ces dossiers. Nous avons suggéré de poursuivre l'argumentation au moyen de mémoires écrits. L'avocat de M. Dueck s'y est opposé, et le juge en chef adjoint Jerome a fait savoir que même en cas de mémoires écrits, il tenait à entendre l'argumentation de vive voix; au cours d'une téléconférence tenue le 18 février avec toutes les parties, il a confirmé les dates des 15 et 16 mai pour les débats.

La Cour fédérale sera probablement saisie d'une douzaine de cas semblables, et rien que pour cette année, il se peut que 6 personnes reçoivent un avis à cet effet.

Nous craignons que si ces affaires ne sont pas diligemment instruites, elles ne soient jamais entendues au fond. Un témoin primordial dans l'affaire *Tobiass* est atteint de cancer et ne sera peut-être pas en mesure de témoigner. Dans l'affaire *Dueck*, un témoin à charge principal est mort, un autre est à l'hôpital, et deux autres sont si malades qu'il leur est impossible de voyager. Notre avocat estime qu'à l'allure actuelle de la procédure et compte tenu des appels relatifs aux questions interlocutoires, il se passera des années avant que ces causes puissent être entendues au fond.

As you know, there is great public interest in seeing these cases disposed of on their merits and the potential for embarrassment is very high should it be seen that the Justice system is unable to respond to these urgent cases in a timely way.

I would appreciate any assistance you can offer.

Yours very truly,

J. E. Thompson
Assistant Deputy Attorney General
Civil Litigation
[Phone numbers]

By Hand

Mr. J. E. (Ted) Thompson, Q.C.
Assistant Deputy Attorney General
Civil Litigation Section
Department of Justice
Ottawa K1A 0H8

Dear Mr. Thompson:

Re: Erichs Tobiass T-569-95, Helmut Oberlander
T-866-95 and Johann Dueck T-938-95

I refer to our discussions this morning and to your subsequent letter concerning these matters.

I have discussed your concerns with the Associate Chief Justice and, like me, he is prepared to take all reasonable steps possible to avoid a Reference to the Supreme Court of Canada on these matters.

The Associate Chief Justice has informed me that there are now before the Court five citizenship revocation cases — the three mentioned in your letter which are being dealt with by Mr. Amerasinghe and, two earlier ones: one is being dealt with by Ms. Charlotte Bell (*Khalil*) and the other by Mr. Amerasinghe (*Nemsila*). The Associate Chief Justice has heard all of the evidence and argument in *Nemsila* but he had been asked by counsel for *Nemsila* to defer judgment in that case until *Khalil* has been concluded. Argument has commenced in that latter case and has been adjourned to 29 April for continuation.

In light of the concerns expressed in your letter the Associate Chief Justice will meet with Ms. Bell and, Ms. Jackman who appears for the Respondent, early next week to fix an early date for final argument. If an early date cannot be fixed he will give judgment in

Comme vous le savez, le public manifeste un grand intérêt pour le jugement au fond de ces affaires et le risque d'embarras est très élevé s'il devait penser que la justice n'est pas en mesure de s'occuper en temps voulu de ces causes urgentes.

Je vous serais obligé de toute aide que vous pourriez apporter en la matière.

Veillez agréer, Monsieur le Juge en chef, les assurances de ma haute considération.

J.E. Thompson
Sous-procureur général adjoint
Contentieux des affaires civiles
[numéros de téléphone]

Par messenger

Monsieur J.E. (Ted) Thompson, c.r.
Sous-procureur général adjoint
Direction du contentieux des affaires civiles
Ministère de la Justice
Ottawa K1A 0H8

Objet: Erichs Tobiass T-569-95, Helmut Oberlander
T-866-95 et Johann Dueck T-938-95

Monsieur Thompson,

Je vous écris au sujet de notre conversation de ce matin et de votre lettre subséquente concernant ces affaires.

J'ai fait part de vos préoccupations au juge en chef adjoint et, tout comme moi, il est prêt à prendre toutes les mesures raisonnables possibles afin d'éviter un renvoi à la Cour suprême du Canada.

Le juge en chef adjoint m'a informé que la Cour est actuellement saisie de cinq affaires de révocation de la citoyenneté: les trois mentionnées dans votre lettre et dont s'occupe M. Amerasinghe, et deux dossiers antérieurs, l'un mené par M^{me} Charlotte Bell (*Khalil*) et l'autre par M. Amerasinghe (*Nemsila*). Le juge en chef adjoint a entendu tous les témoignages et arguments dans l'affaire *Nemsila*, mais l'avocat de ce dernier lui a demandé de différer son jugement en attendant l'issue de la cause *Khalil*. L'argumentation de vive voix a commencé dans cette dernière affaire mais a été ajournée pour reprendre le 29 avril.

Vu les préoccupations exprimées dans votre lettre, le juge en chef adjoint rencontrera M^{me} Bell, ainsi que M^{me} Jackman qui représente l'intimé, au début de la semaine prochaine pour fixer une date pour l'argumentation finale. S'il est impossible de fixer une date

Nemsila and then deal with *Khalil* at the earliest possible date.

As regards the three cases about which you wrote, the Associate Chief Justice says firstly, that he did not fully appreciate until he read your letter, the urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like. However, now that he is aware he will devote one week from 15 May to deal with these cases not only with respect to the preliminary points but also with respect to the merits. Finally, he has authorized me to say that additional cases of this class coming into the Court will be given the highest priority in light of the concerns expressed in your letter.

Yours truly,

Julius A. Isaac

c.c.—The Hon. James A. Jerome
Associate Chief Justice

On March 7, 1996, the respondent provided copies of these letters to the appellants. In the cover letter, Mr. Amerasinghe explained that Mr. Thompson had approached the Chief Justice at the beginning of March to discuss the conduct of citizenship revocation cases generally and had, in the course of the meeting, happened to mention the appellants' cases.

On April 2, 1996, counsel for the appellants Dueck and Oberlander requested disclosure of all documents that related directly or indirectly to the meeting that took place on March 1, 1996. Mr. Amerasinghe answered the next day that "there is no other correspondence between Mr. Thompson and the Chief Justice relating to this matter". No disclosure was made of any documents besides the letters themselves.

On April 10, 1996, the Court Administrator informed counsel that the Associate Chief Justice would hear argument concerning preliminary motions on May 15 and 16, 1996, and if necessary during the following week. The Associate Chief Justice also sent word that he intended to be done with the cases by July of 1996.

proche, il rendra jugement dans l'affaire *Nemsila* puis entendra la cause *Khalil* le plus tôt possible.

En ce qui concerne les trois dossiers visés par votre lettre, le juge en chef adjoint fait savoir en premier lieu qu'avant de lire votre lettre, il ne se rendait pas pleinement compte de la nécessité qu'il y a à les instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement. Cependant, maintenant qu'il s'en est rendu compte, il consacrera, à compter du 15 mai, une semaine à l'audition non seulement des questions préliminaires, mais aussi de la cause au fond. Enfin, il m'a demandé de vous faire savoir qu'à l'avenir, la Cour accordera la plus haute priorité aux causes de ce genre étant donné les préoccupations exprimées dans votre lettre.

Veillez agréer, Monsieur Thompson, les assurances de ma considération distinguée.

Julius A. Isaac

c.c.—L'honorable James A. Jerome
Juge en chef adjoint

Le 7 mars 1996, l'intimé a transmis des copies de ces lettres aux appelants. Dans la lettre d'accompagnement, M^e Amerasinghe expliquait que M^e Thompson avait contacté le juge en chef au début du mois de mars pour discuter de la conduite des demandes de révocation de la citoyenneté en général et, au cours de la rencontre, il avait mentionné les dossiers des appelants.

Le 2 avril 1996, les avocats des appelants Dueck et Oberlander ont demandé communication de tous les documents se rapportant directement ou indirectement à la rencontre qui avait eu lieu le 1^{er} mars 1996. M^e Amerasinghe a répondu le lendemain que [TRADUCTION] «M^e Thompson et le juge en chef n'ont pas échangé d'autres lettres relativement à cette question». Seules les lettres elles-mêmes ont été communiquées.

Le 10 avril 1996, l'administrateur de la cour a informé les avocats que le juge en chef adjoint entendrait les arguments des parties concernant les requêtes préliminaires les 15 et 16 mai 1996 et, au besoin, durant la semaine suivante. Le juge en chef adjoint a également fait savoir qu'il comptait en avoir terminé avec les dossiers au plus tard en juillet 1996.

13

14

15

16 On April 23, 1996, counsel for the appellants advised the court that they would move for a stay of proceedings on the ground that Mr. Thompson and Isaac C.J. had interfered with the independence of Jerome A.C.J. On April 30, counsel for the appellants Dueck and Oberlander indicated that they would be content to have the Associate Chief Justice remain in charge of the cases. Counsel for the appellant Tobias had nothing to say on the subject, though he had indicated earlier that he would not object to having the Associate Chief Justice remain to settle the preliminary motions.

17 On May 6, the Associate Chief Justice recused himself. He directed that the appellants' cases should go forward under a new judge on May 15, 1996 and indicated that the new judge's list would be cleared to permit him to deal expeditiously with any remaining questions that the cases might pose.

B. *Further Evidence*

18 On May 5, 1997, this Court ordered the respondent to produce "[t]he internal Department of Justice documents concerning the fact[s] referred to" in a report prepared for the Government by former Chief Justice of the Ontario Court of Appeal, the Honourable Charles Dubin. On May 22, the Court ordered the respondent to comply fully with the order of May 5. In response to the two orders, the respondent disclosed many internal documents.

19 The following emerges from these documents.

20 Counsel for the respondent objected strongly to the Associate Chief Justice's management of the appellants' cases. It appears that Mr. Amerasinghe had concluded as early as December 14, 1995 that the Associate Chief Justice was a "problematic" judge.

21 On February 27, 1996, the Department of Justice's Litigation Committee decided that "our only option in the circumstances [i.e. in response to delay in the Federal Court — Trial Division] appears to be a reference to the Supreme Court of Canada of the preliminary questions that have been raised". Mr. Thompson seems not to have been

Le 23 avril 1996, les avocats des appelants ont avisé la cour qu'ils demanderaient une suspension des procédures pour le motif que M^e Thompson et le juge en chef Isaac avaient porté atteinte à l'indépendance du juge en chef adjoint Jerome. Le 30 avril, les avocats des appelants Dueck et Oberlander ont indiqué qu'ils s'estimeraient satisfaits si le juge en chef adjoint restait saisi des dossiers. L'avocat de l'appelant Tobias n'avait rien à dire à ce sujet, même s'il avait fait savoir précédemment qu'il ne s'opposerait pas à ce que le juge en chef adjoint statue sur les requêtes préliminaires.

Le 6 mai, le juge en chef adjoint s'est récusé. Il a ordonné que l'instance soit instruite par un nouveau juge le 15 mai 1996 en précisant que celui-ci serait déchargé pour qu'il puisse s'occuper avec célérité des autres questions susceptibles d'être soulevées.

B. *Les autres éléments de preuve*

Le 5 mai 1997, notre Cour a ordonné à l'intimé de produire [TRADUCTION] «[I]es documents internes du ministère de la Justice concernant le[s] fait[s] visé[s]» dans un rapport préparé pour le gouvernement par l'ancien juge en chef de la Cour d'appel de l'Ontario, l'honorable Charles Dubin. Le 22 mai, la Cour a ordonné à l'intimé de se conformer en tous points à l'ordonnance du 5 mai. En réponse à ces deux ordonnances, l'intimé a communiqué de nombreux documents internes.

Il est ressorti ce qui suit de ces documents.

L'avocat de l'intimé s'est élevé vigoureusement contre la façon dont le juge en chef adjoint menait les causes des appelants. M^e Amerasinghe aurait conclu dès le 14 décembre 1995 que le juge en chef adjoint [TRADUCTION] «faisait problème».

Le 27 février 1996, le Comité du contentieux du ministère de la Justice a décidé qu'il n'avait [TRADUCTION] «d'autre choix dans les circonstances [c.-à-d. en réaction à la lenteur des procédures devant la Section de première instance de la Cour fédérale] que de saisir la Cour suprême du Canada des questions préliminaires qui ont été soulevées».

present during the discussion. A reference in a subsequent memorandum reveals that “the Litigation Committee at its meeting on February 27, 1996, specifically recommended that no one should approach the Chief Justice to apprise him of the government’s intention to refer certain questions to the Supreme Court”.

On March 1, 1996, Mr. Amerasinghe made the following note of a telephone conversation between himself and Mr. Thompson:

J.E.T. [J. Edward (Ted) Thompson] Called and informed me he had met with Isaac who told him that he would get Jerome to recuse himself from the cases and would put an efficient judge to deal quickly with the cases. Isaac had said he would ensure any appeals would be dealt with speedily.

According to Mr. Amerasinghe, later that same day the Chief Justice dined at Mr. Thompson’s home.

More than two months after the meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice took place, Mr. Amerasinghe recorded his suspicion that Mr. Thompson’s real intention in approaching the Chief Justice had been to protect a friend from the embarrassment of a reference to the Supreme Court. Indeed, Mr. Amerasinghe indicated that Mr. Thompson and the Chief Justice were friends and frequent interlocutors. According to Mr. Amerasinghe’s report, the Chief Justice invited Mr. Thompson to inform him of perceived problems with the administration of the Federal Court, and Mr. Thompson obliged.

II. Judgments in Appeal

A. *Trial Division*, [1996] 2 F.C. 729

On the strength of the letters exchanged by Mr. Thompson and the Chief Justice on March 1, 1996, Cullen J. concluded that irreparable harm had been done to the appearance of judicial impartiality. He entered a stay of proceedings.

Cullen J. thought that a reasonable observer presented with the letters of March 1, 1996 might

M^e Thompson ne semble pas avoir assisté à la discussion. Il est mentionné dans une note de service subséquente que [TRADUCTION] «le Comité du contentieux à sa réunion du 27 février 1996 a recommandé expressément que personne ne fasse part au juge en chef de l’intention du gouvernement de déférer certaines questions à la Cour suprême».

Le 1^{er} mars 1996, M^e Amerasinghe a rédigé la note suivante relativement à une conversation téléphonique entre lui-même et M^e Thompson:

[TRADUCTION] J.E.T. [J. Edward (Ted) Thompson] m’a appelé pour me dire qu’il avait rencontré Isaac, qui lui a dit qu’il persuaderait Jerome de se récuser et désignerait un juge efficace pour instruire rapidement les affaires. Isaac a dit qu’il veillerait à ce que tout appel soit traité avec célérité.

Selon le rapport de M^e Amerasinghe, plus tard ce jour-là, le juge en chef a dîné chez M^e Thompson.

Plus de deux mois après la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef, M^e Amerasinghe a noté qu’il soupçonnait que la véritable raison pour laquelle M^e Thompson était intervenu auprès du juge en chef était d’éviter à un ami l’embarras d’un renvoi à la Cour suprême. En effet, M^e Amerasinghe a indiqué que M^e Thompson et le juge en chef étaient amis et se parlaient souvent. D’après le rapport de M^e Amerasinghe, le juge en chef a prié M^e Thompson de lui signaler les difficultés qu’il estimait liées à l’administration de la Cour fédérale qu’il avait constatées, et M^e Thompson s’est exécuté.

II. Les jugements portés en appel

A. *Section de première instance*, [1996] 2 C.F. 729

En se fondant sur les lettres échangées par M^e Thompson et le juge en chef le 1^{er} mars 1996, le juge Cullen a conclu que l’impression d’impartialité que doit donner le pouvoir judiciaire avait été irrémédiablement compromise. Il a ordonné la suspension des procédures.

Le juge Cullen pensait qu’un observateur raisonnable prenant connaissance des lettres du 1^{er} mars

22

23

24

25

conclude that, as a result of the meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice, pressure was brought to bear on the Associate Chief Justice to hurry the appellants' cases along, quite possibly to the appellants' detriment. In this way damage was done to the appearance of judicial independence.

26 Because it was the Chief Justice who intervened, and the Chief Justice enjoys some authority over the entire court, Cullen J. thought that a reasonable observer would worry that the independence of all the judges and not only of the Associate Chief Justice had been compromised.

27 Having concluded that the appearance of judicial independence had suffered, Cullen J. considered whether a stay of proceedings was the appropriate remedy. He concluded that no remedy other than a stay of proceedings would cure the wrong done to the appearance of judicial independence. A less radical remedy would only "weaken judicial independence and leave the impression that transgressions of the Court's integrity may be reprimanded but, ultimately, will be forgotten" (p. 748).

B. *Federal Court of Appeal*

28 The respondent purported to appeal Cullen J.'s decision.

(i) Motion to Quash for Want of Jurisdiction

29 The appellants moved to quash the appeal for want of jurisdiction. They argued that s. 18(3) of the *Citizenship Act* placed Cullen J.'s decision to stay the proceedings beyond appeal. The court dismissed the motion over Pratte J.A.'s dissent: (1996), 208 N.R. 49.

(a) *Marceau J.A.*

30 Marceau J.A. held that Cullen J.'s decision was capable of appeal. He concluded that s. 18(3) bars appeal only of decisions that a person has or has not obtained citizenship by impermissible means.

1996 pourrait conclure qu'à la suite de la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef, des pressions avaient été exercées sur le juge en chef adjoint pour accélérer l'instruction des causes des appelants, peut-être bien au détriment de ces derniers. En ce sens, une atteinte avait été portée à l'impression d'indépendance que le pouvoir judiciaire doit donner.

Comme c'est le juge en chef qui est intervenu et qu'il exerce son autorité sur l'ensemble de la cour, le juge Cullen s'est dit d'avis qu'un observateur raisonnable craindrait que l'indépendance de tous les juges, et non seulement celle du juge en chef adjoint, ne soit compromise.

Après avoir conclu que l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire avait été compromise, le juge Cullen s'est demandé si la suspension des procédures était la réparation convenable. Il a conclu qu'aucune autre réparation ne remédierait au tort qui avait été causé. Toute autre solution moins radicale «compromettrait [l']indépendance [judiciaire] et donnerait l'impression que les atteintes à l'intégrité de la Cour sont peut-être réprimandées mais qu'à la longue, elles seront oubliées» (p. 748).

B. *Cour d'appel fédérale*

L'intimé entendait interjeter appel de la décision du juge Cullen.

(i) Requête en annulation pour défaut de compétence

Les appelants ont demandé l'annulation de l'appel pour défaut de compétence. Ils ont soutenu que le par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* mettait la décision suspendant les procédures rendue par le juge Cullen à l'abri de tout appel. La cour a rejeté la requête, le juge Pratte étant dissident: (1996) 208 N.R. 49.

a) *Le juge Marceau*

Le juge Marceau a déclaré que la décision du juge Cullen était susceptible d'appel. Il a conclu que le par. 18(3) interdisait d'interjeter appel des seules décisions portant qu'une personne a obtenu

He agreed (at p. 53) that the bar extends also to “all interlocutory rulings and decisions made with a view to ultimately coming to” a decision on the merits. However, he thought that the decision to enter a stay of proceedings did not come within the bar, because such a decision is neither a decision on the merits nor a decision made with a view to coming to a decision on the merits.

(b) *Stone J.A.*

Stone J.A. read s. 18(3) of the *Citizenship Act* as barring appeal only of decisions made under s. 18(1). Section 18(3), he argued, does not bar appeal of decisions made under other provisions of the *Citizenship Act* or under other Acts of Parliament. Because Cullen J. entered the stay using a power given by s. 50(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18(3) of the *Citizenship Act* did not bar an appeal of it.

(c) *Pratte J.A. (dissenting)*

Pratte J.A. interpreted s. 18(3) as barring appeal not only of a final decision on the merits of a citizenship reference but also of “the myriad of decisions that the Trial Division may make in the course of the reference including . . . a decision granting or refusing a stay of the reference proceedings” (p. 52). He judged that any other reading of the provision would lead to absurdities.

(ii) Stay of Proceedings

Having decided that it had jurisdiction to consider the appeal, the court unanimously set aside the stay of proceedings: [1997] 1 F.C. 828. Each judge offered his own reasons for doing so.

ou n’a pas obtenu la citoyenneté par des moyens inadmissibles. Il était d’accord (à la p. 53) pour dire que l’interdiction s’étendait également à «tous les règlements et décisions de nature interlocutoire rendus dans le but d’arriver finalement à» une décision sur le fond. Toutefois, il pensait que la décision d’accorder la suspension des procédures n’était pas visée par l’interdiction parce qu’une telle décision n’est ni une décision sur le fond ni une décision rendue en vue d’en arriver à une décision sur le fond.

b) *Le juge Stone*

Selon le juge Stone, le par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* interdisait seulement d’interjeter appel des décisions visées au par. 18(1). Le paragraphe 18(3), a-t-il décidé, n’interdisait pas d’en appeler des décisions rendues en vertu d’autres dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* ou d’autres lois du Parlement. Comme le juge Cullen a prononcé la suspension des procédures en exerçant un pouvoir conféré par le par. 50(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, le par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* n’interdisait pas d’interjeter appel de cette décision.

c) *Le juge Pratte (dissident)*

D’après le juge Pratte, le par. 18(3) interdisait d’interjeter appel non seulement d’une décision définitive tranchant sur le fond un renvoi en matière de citoyenneté mais également de «toutes les décisions susceptibles d’être rendues par la Section de première instance dans le cadre du renvoi y compris [. . .] une décision accordant ou refusant une suspension des procédures relatives au renvoi» (p. 52). Il a jugé que toute autre interprétation de la disposition mènerait à des absurdités.

(ii) La suspension des procédures

Ayant décidé qu’elle avait compétence pour examiner l’appel, la cour a annulé à l’unanimité la suspension des procédures: [1997] 1 C.F. 828. Chacun des juges a exposé ses propres motifs.

31

32

33

(a) *Marceau J.A.*

34 Marceau J.A. concluded that the Associate Chief Justice had retained his judicial independence throughout the period in question. He noted that it is part of the role of a chief justice to manage his or her court. A chief justice must ensure that the court provides “timely justice”. Therefore, when a chief justice learns, by whatever means, that the pace of a proceeding is abnormally slow, he or she has a positive duty to investigate, though care must be taken not to interfere with the adjudicative functions of the presiding judge. In the light of this understanding of the role of a chief justice, Marceau J.A. could find no evidence to support the conclusion that the Chief Justice had done anything improper in approaching the Associate Chief Justice to discuss the pace of the appellants’ case.

35 Marceau J.A. likewise concluded that the appearance of judicial independence had not suffered as a result of the Chief Justice’s intervention with the Associate Chief Justice.

36 Although in Marceau J.A.’s view there had been no affront to judicial independence, he nevertheless considered whether, if there had been an affront, a stay of proceedings would have been the appropriate remedy. He concluded that it would not have been.

37 The question, in Marceau J.A.’s mind, was whether going ahead with the proceedings would perpetuate the appearance of impropriety. The inquiry was forward-looking. What happened in the past could not justify a stay unless its ill effects were likely to persist. Marceau J.A. concluded that if the proceedings were to go ahead under some other judge, the appearance of an affront to judicial independence would be dispelled. It was quite unreasonable to suppose, as Cullen J. did, that there entire bench of the Trial Division had been tainted.

38 Because he concluded that Cullen J. had exercised his discretion to grant a stay on the basis of a

a) *Le juge Marceau*

Le juge Marceau a conclu que le juge en chef adjoint avait conservé son indépendance durant toute la période en question. Il a noté que la gestion de la cour fait partie des attributions d’un juge en chef. Celui-ci doit veiller à ce que la cour rende «justice dans les meilleurs délais». Par conséquent, lorsque le juge en chef apprend, par un moyen ou par un autre, que la progression d’une instance est anormalement lente, il a l’obligation concrète de faire enquête, tout en évitant de s’immiscer dans l’exercice des fonctions juridictionnelles du juge saisi du dossier. Compte tenu de cette conception du rôle du juge en chef, le juge Marceau n’a pas pu trouver d’éléments de preuve à l’appui de la conclusion selon laquelle le juge en chef avait commis une irrégularité en parlant au juge en chef adjoint de la progression de l’affaire des appelants.

Le juge Marceau a conclu de même que l’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire n’avait pas été compromise par suite de l’intervention du juge en chef auprès du juge en chef adjoint.

Bien que, de l’avis du juge Marceau, il n’y ait pas eu atteinte à l’indépendance judiciaire, il s’est néanmoins demandé si la suspension des procédures aurait été la réparation convenable dans le cas contraire. Il a conclu par la négative.

La question, selon le juge Marceau, était de savoir si la poursuite des procédures perpétuerait l’impression d’irrégularité. La question se posait pour l’avenir. Ce qui s’était produit dans le passé ne pouvait justifier une suspension des procédures à moins que les effets néfastes ne risquent de persister. Le juge Marceau a conclu que, si les procédures devaient se poursuivre devant un autre juge, l’impression d’atteinte à l’indépendance judiciaire serait dissipée. Il était tout à fait déraisonnable de supposer, comme l’a fait le juge Cullen, que toute la formation de la Section de première instance de l’époque avait été éclaboussée.

Parce qu’il a conclu que le juge Cullen avait exercé son pouvoir discrétionnaire d’accorder la

mistaken understanding of the governing principles, Marceau J.A. held that the stay should be set aside.

(b) *Pratte J.A.*

Pratte J.A. wrote only to add two observations to Marceau J.A.'s reasons. The first was that no reasonable person would ever conclude from the Chief Justice's intervention in the appellants' cases that the independence of every member of the Trial Division had been compromised. The second was that Cullen J. was wrong to conclude that there was nothing unusually slow about the pace of the proceedings. The pace of the proceedings before the Associate Chief Justice "had been so slow as to certainly give rise to a suspicion that justice was not rendered with reasonable diligence" (p. 835). Thus, when the Chief Justice learned of the situation, regardless of how the information came to him, he was "duty bound to intervene".

(c) *Stone J.A.*

Although concurring with his colleagues, Stone J.A. took an approach slightly different from theirs. He agreed with them there was "nothing in the record to suggest that the motivation for the meeting with and the letter to the Chief Justice was other than to convey the concern of a party for perceived delay in the progress of the cases in view of the age and state of health of the respondents and of potential witnesses" (p. 867). However, he believed that the appearance of judicial independence had suffered as a result of the events of March 1, 1996.

Having found some apprehension of bias, Stone J.A. had to consider what the appropriate remedy might be. He was not persuaded that what he had before him amounted to one of the "clearest of cases", in which a stay of proceedings was warranted. Although what transpired was improper, there was no evidence that either Mr. Thompson or

suspension des procédures en interprétant de façon erronée les principes applicables, le juge Marceau a estimé que la suspension des procédures devait être annulée.

b) *Le juge Pratte*

Le juge Pratte a rédigé des motifs uniquement pour ajouter deux observations aux motifs du juge Marceau. En premier lieu, il a fait observer qu'aucune personne raisonnable n'aurait jamais conclu à la suite de l'intervention du juge en chef dans les affaires des appelants que l'indépendance de chacun des juges de la Section de première instance avait été compromise. En deuxième lieu, il s'est dit d'avis que le juge Cullen a conclu à tort que la progression des procédures n'avait rien d'inhabituellement lent. Le déroulement de l'instance devant le juge en chef adjoint «était si len[t] qu'on pouvait légitimement se demander si justice était rendue avec une diligence raisonnable» (p. 835). Ainsi, lorsque le juge en chef a été mis au courant de la situation, peu importe comment, il avait «le devoir d'intervenir».

c) *Le juge Stone*

Tout en souscrivant aux motifs de ses collègues, le juge Stone a adopté une approche quelque peu différente. Il était d'accord avec eux pour dire qu'on ne pouvait «rien trouver dans le dossier qui permette de penser que la rencontre avec le juge en chef et la lettre qui lui a été adressée par la suite avaient d'autre but que de faire part des préoccupations d'une partie qui se plaignait de la lenteur de la procédure, eu égard à l'âge et à l'état de santé des intimés et des témoins éventuels» (p. 867). Cependant, il a jugé que l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire avait été compromise en raison des événements du 1^{er} mars 1996.

Ayant conclu à l'existence d'une crainte de partialité, le juge Stone devait se demander quelle serait la réparation convenable. Il ne pensait pas que le litige dont il était saisi était l'un des «cas les plus manifestes» justifiant la suspension des procédures. Même si une irrégularité avait été commise, rien ne prouvait que M^e Thompson ou le juge en

39

40

41

the Chief Justice had acted in bad faith. Stone J.A. agreed with Marceau J.A. that the lesser remedy of a new proceeding before a new judge would sufficiently answer any affront that the appearance of judicial independence had suffered.

III. Issues

42 This appeal presents three issues. The first is whether an appeal lies from a decision of a judge of the Trial Division to grant a stay of proceedings in a citizenship revocation proceeding commenced under s. 18(1) of the *Citizenship Act*. The second is whether judicial independence, or the appearance of it, suffered as a result of the meeting between Mr. Thompson and Isaac C.J. The third is whether, if any damage was done to the appearance of judicial independence, the trial judge properly exercised his discretion to enter a stay of proceedings.

IV. Analysis

43 We conclude that an appeal lies from a decision of the Trial Division to grant a stay of proceedings in a case such as this one. We further conclude that the appearance, but not the fact, of judicial independence suffered as a result of the meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice, but that a stay of proceedings is not the appropriate remedy.

A. *Jurisdiction*

44 The appellants contend that, in light of s. 18(3) of the *Citizenship Act*, Cullen J.'s order was final and could not be appealed either to the Federal Court of Appeal or to this Court. To properly assess the merits of this submission, the interplay between s. 18 of the *Citizenship Act* and ss. 27 and 50 of the *Federal Court Act* must be considered.

chef fussent de mauvaise foi. Le juge Stone était d'accord avec le juge Marceau pour dire que la réparation moindre qu'est la tenue d'une nouvelle instance devant un nouveau juge suffirait pour corriger toute atteinte à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions. La première question est de savoir si appel peut être interjeté de la décision d'un juge de la Section de première instance accordant la suspension des procédures en révocation de la citoyenneté intentées en application du par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. La deuxième est de savoir si l'indépendance du pouvoir judiciaire, ou l'impression d'indépendance qu'il doit donner, a été compromise par la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef Isaac. Si l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été compromise, la troisième est de savoir si le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en accordant la suspension des procédures.

IV. Analyse

Nous concluons qu'il peut être interjeté appel d'une décision de la Section de première instance accordant la suspension des procédures dans une affaire comme la présente espèce. Nous concluons également que l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire, non pas son indépendance dans les faits, a été compromise à la suite de la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef, et que la suspension des procédures ne constitue pas la réparation appropriée.

A. *La compétence*

Les appellants prétendent que, compte tenu du par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*, l'ordonnance du juge Cullen était définitive et non susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale ou notre Cour. Pour évaluer correctement le bien-fondé de cet argument, il faut examiner le jeu de l'art. 18 de la *Loi sur la citoyenneté* et des art. 27 et 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Section 18 of the *Citizenship Act* provides that:

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

. . .

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom. [Emphasis added.]

Section 2 of the same Act makes it clear that the "Court" referred to in s. 18 is the Federal Court – Trial Division.

Sections 27 and 50 of the *Federal Court Act* provide that:

27. (1) An appeal lies to the Federal Court of Appeal from any

(a) final judgment,

(b) judgment on a question of law determined before trial,

(c) interlocutory judgment, or

(d) determination on a reference made by a federal board, commission or other tribunal or the Attorney General of Canada,

of the Trial Division.

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

. . .

(b) where for any . . . reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

Section 27 of the *Federal Court Act* provides a general right of appeal from final and interlocutory judgments of the Federal Court — Trial Division.

L'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* prévoit que:

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

. . .

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel. [Nous soulignons.]

L'article 2 de la même Loi précise que la «Cour» mentionnée à l'art. 18 est la Section de première instance de la Cour fédérale.

Les articles 27 et 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* sont libellés comme suit:

27. (1) Il peut être interjeté appel, devant la Cour d'appel fédérale, des décisions suivantes de la Section de première instance:

a) jugement définitif;

b) jugement sur une question de droit rendu avant l'instruction;

c) jugement interlocutoire;

d) jugement sur un renvoi d'un office fédéral ou du procureur général du Canada.

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

b) lorsque, pour quelque [. . .] raison, l'intérêt de la justice l'exige.

L'article 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit un droit d'appel général de tous les jugements définitifs et de tous les jugements interlocutoires

Section 18(3) of the *Citizenship Act*, however, provides that “notwithstanding any other Act of Parliament”, no appeal lies from any decision of the Federal Court — Trial Division made “under” s. 18(1). Thus, s. 18(3) of the *Citizenship Act* effectively removes the general right of appeal set out at s. 27 of the *Federal Court Act* with respect to all decisions made “under” s. 18(1).

rendus par la Section de première instance de la Cour fédérale. Le paragraphe 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*, cependant, prévoit que «par dérogation à toute autre loi fédérale», aucune décision de la Section de première instance de la Cour fédérale «visée au» par. 18(1) n'est susceptible d'appel. Ainsi, le par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* supprime effectivement le droit d'appel général énoncé à l'art. 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* relativement à toute décision «visée au» par. 18(1).

48 No doubt Parliament may validly limit the jurisdiction of the Federal Court of Appeal in this manner. As this Court held in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 331, “the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts”. See also: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; and *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654. There is no appeal to the Federal Court of Appeal save in those circumstances specifically provided by statute.

Il ne fait aucun doute que le législateur fédéral peut valablement limiter la compétence de la Cour d'appel fédérale de cette manière. Comme notre Cour l'a jugé dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, à la p. 331, «la Cour fédérale n'a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces». Voir également *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 766; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. Il n'y a pas d'appel à la Cour d'appel fédérale si ce n'est dans les cas prévus expressément par la loi.

49 Nevertheless, during the oral hearing and in the submissions made subsequently, some doubt was expressed as to whether s. 18(3) of the *Citizenship Act* had the effect of ousting the jurisdiction conferred upon this Court by s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26 (assuming without deciding that this provision would otherwise apply). Furthermore, it was suggested that, if s. 18(3) had such an effect, s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* may be the source of a right of appeal directly to this Court in certain circumstances. However, in light of the conclusion reached as to the interpretation of s. 18(3) of the *Citizenship Act*, it will not be necessary to address these issues.

Néanmoins, durant l'argumentation orale et dans les observations faites subséquemment, un doute a été exprimé sur la question de savoir si le par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté* avait pour effet de retirer à notre Cour la compétence que lui confère l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, (à supposer, sans pour autant trancher la question, que cette disposition s'applique par ailleurs). De plus, on a soutenu que, si le par. 18(3) avait un tel effet, il se pouvait que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* soit à l'origine d'un droit d'appel direct à notre Cour dans certains cas. Toutefois, compte tenu de la conclusion tirée au sujet de l'interprétation du par. 18(3) de la *Loi sur la citoyenneté*, il ne sera pas nécessaire d'aborder ces questions.

50 We agree with the conclusion of the Federal Court of Appeal that the stay of proceedings ordered by Cullen J. was not a decision made “under” s. 18(1) of the *Citizenship Act*. Section 18(3) of the *Citizenship Act* therefore does not

Nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle la suspension des procédures ordonnée par le juge Cullen ne constituait pas une décision «visée au» par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Le paragraphe 18(3) de la

apply to it and an appeal lies to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 27 of the *Federal Court Act*.

This conclusion flows from the wording of s. 18. Section 18(1) refers to a very particular kind of decision: a decision as to whether a person “has obtained, retained, renounced or resumed citizenship” by false pretences. However, a stay of proceedings is entered for reasons which are completely unrelated to the circumstances surrounding the obtaining, retaining, renouncing or resuming of citizenship. Indeed, a decision to order (or not to order) a stay of proceedings is different from the type of determination that the Court is called upon to make under subsection 18(1).

This point was recognized by the Federal Court of Appeal in *Luitjens v. Canada (Secretary of State)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, where it was held that a decision under s. 18(1) of the *Citizenship Act* is not a “final judgment” of the Federal Court — Trial Division for the purposes of s. 27 of the *Federal Court Act* (at p. 152):

...there is no conflict at all between s. 18(3) and s. 27(1). First, this decision is not a “final judgment” of the court, nor is it an “interlocutory judgment”. Although the decision followed a hearing at which much evidence was adduced, it was merely a finding of fact by the court, which was to form the basis of a report by the minister and, eventually, a decision by the Governor in Council, as described by ss. 10 and 18(1). The decision did not finally determine any legal rights.

By way of contrast, a stay of proceedings is most definitely a “final judgment” of the Federal Court — Trial Division. It has the effect of permanently bringing the proceedings to an end. It is a decision made under s. 50 of the *Federal Court Act* and not under s. 18(1) of the *Citizenship Act*.

Loi sur la citoyenneté ne s'applique donc pas et un appel peut être interjeté devant la Cour d'appel fédérale en conformité avec l'art. 27 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Cette conclusion découle du libellé de l'art. 18. Le paragraphe 18(1) renvoie à un genre très particulier de décision: il s'agit de décider si une personne a acquis, conservé ou répudié la citoyenneté ou a été réintégrée dans celle-ci par des moyens frauduleux. Cependant, la suspension des procédures est ordonnée pour des motifs qui n'ont absolument rien à voir avec l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté ni avec la réintégration dans celle-ci. En effet, la décision d'ordonner (ou de ne pas ordonner) la suspension des procédures diffère du genre de décision que la cour est appelée à rendre sous le régime du par. 18(1).

Ce point a été reconnu par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, où il a été jugé qu'une décision visée au par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* n'est pas un «jugement définitif» de la Section de première instance de la Cour fédérale pour l'application de l'art. 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* (à la p. 152):

Il n'y a [...] aucune contradiction entre les deux paragraphes. Tout d'abord, la décision n'est pas un «jugement définitif» de la Cour, pas plus qu'un «jugement interlocutoire». Même si la décision faisait suite à une audience au cours de laquelle de nombreux éléments de preuve ont été produits, il s'agissait simplement d'une conclusion de fait de la part de la Cour, qui devait constituer le fondement d'un rapport du ministre et, à terme, d'une décision du gouverneur en conseil, comme le décrivent l'article 10 et le paragraphe 18(1). La décision n'a déterminé en fin de compte aucun droit juridique.

Par contraste, la suspension des procédures est manifestement un «jugement définitif» de la Section de première instance de la Cour fédérale. Elle a pour effet de mettre fin aux procédures de façon permanente. C'est une décision rendue en application de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et non du par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*.

51

52

53

54 It may be argued that a literal interpretation of s. 18(1) leads to the absurd and inequitable result that only a decision that a person obtained citizenship by false pretences would be final and without appeal. The opposite decision, namely that a person did not obtain citizenship by false pretences, could be appealed by the Minister.

55 Yet the language of s. 18(1) of the *Citizenship Act* should not be taken to mean that this subsection encompasses only a positive decision that citizenship was obtained by false pretences. It is true that s. 18(1) provides that the Minister may issue a report under s. 10 only if the court decides that citizenship was in fact obtained by false pretences. However, this language necessarily implies that the court may arrive at the opposite conclusion. Therefore, on its plain meaning, s. 18(1) empowers the Federal Court — Trial Division to decide whether citizenship was “obtained, retained, renounced or resumed” by false pretences. Such a decision, be it affirmative or negative, is a decision made “under” s. 18(1). It may not be appealed either by the person who is the subject of the reference or by the Minister.

56 Although the issue does not arise here, there is a great deal of force to the argument that s. 18(1) of the *Citizenship Act* encompasses not only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, but also those decisions made during the course of a s. 18 reference which are related to this determination. This would encompass all the interlocutory decisions which the court is empowered to make in the context of a s. 18 reference (see, for instance, s. 46 of the *Federal Court Act* and Rules 5, 450-455, 461, 477, 900-920, 1714 and 1715 of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663). This interpretation of s. 18(1) was adopted by the Federal Court of Appeal in *Luitjens*, *supra*, where it was held that interlocutory decisions made in the context of s. 18(1) reference are decisions made “under” s. 18(1). It is not necessary for the purpose of this decision to determine whether this conclusion

On peut soutenir qu’une interprétation littérale du par. 18(1) mène à un résultat absurde et inéquitable: seule la décision portant que la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux serait définitive et non susceptible d’appel. La décision contraire, à savoir que la citoyenneté n’a pas été obtenue par des moyens frauduleux, pourrait faire l’objet d’un appel formé par le Ministre.

Cependant, il ne faudrait pas interpréter le par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* comme signifiant que ce paragraphe ne vise que la décision portant que la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux. Il est vrai que le par. 18(1) prévoit que le ministre peut établir un rapport visé à l’art. 10 seulement si la cour décide que la citoyenneté a, de fait, été obtenue par des moyens frauduleux. Toutefois, ce libellé suppose nécessairement que la cour peut arriver à la conclusion contraire. Par conséquent, selon le sens ordinaire des mots, le par. 18(1) confère à la Section de première instance de la Cour fédérale le pouvoir de décider si la citoyenneté a été acquise, conservée, répudiée ou réintégrée, par des moyens frauduleux. Une telle décision, qu’elle soit affirmative ou négative, est une décision «visée au» par. 18(1). Elle ne peut être portée en appel ni par la personne qui fait l’objet du renvoi ni par le Ministre.

Bien que la question ne se pose pas en l’espèce, l’argument suivant est très séduisant: le par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* vise non seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, mais également les décisions rendues au cours du renvoi prévu à l’art. 18 s’y rapportant. Cela comprendrait tous les jugements interlocutoires que le tribunal a le pouvoir de rendre dans le contexte d’un renvoi prévu à l’art. 18 (voir, par exemple, l’art. 46 de la *Loi sur la Cour fédérale* et les règles 5, 450 à 455, 461, 477, 900 à 920, 1714 et 1715 des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663). Cette interprétation du par. 18(1) a été adoptée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Luitjens*, précité, où il a été décidé que les jugements interlocutoires rendus dans le contexte d’un renvoi prévu au par. 18(1) sont des décisions «visée[s] au» par. 18(1). Il n’est pas nécessaire aux

should be varied. That should only be done in an appeal where the issue arises from the facts.

However, whether s. 18(1) is interpreted narrowly as encompassing only the ultimate decision as to whether citizenship was obtained by false pretences, or more broadly to include the interlocutory decisions made in the context of a s. 18(1) hearing which are related to this determination, it is apparent that it does not encompass an order granting or denying a stay of proceedings.

Unlike interlocutory decisions, a stay of proceedings will not be made in order to more efficiently determine the ultimate question of whether citizenship was obtained by false pretences. An order staying proceedings is therefore not related to this ultimate decision.

Furthermore, it may be that allowing appeals from interlocutory decisions made in the context of a s. 18 reference would effectively defeat Parliament's goal of finality in citizenship matters. As McLachlin J. observed in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, there is a valid policy concern to control the "plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them" (p. 641). This same concern will not, however, generally apply to orders staying proceedings. Stays of proceedings are granted but rarely and only in the "clearest of cases". They are granted for reasons unrelated to the merits of the s. 18 reference and are usually divorced from the "citizenship" context of the reference. Allowing appeals from stays of proceedings would therefore not seriously threaten the goal of finality in citizenship matters.

fins du présent pourvoi de déterminer si cette conclusion devrait être modifiée. Cela ne devrait être fait que dans le cadre d'un appel où la question découlerait des faits.

Cependant, que le par. 18(1) soit interprété de façon stricte de manière à viser seulement la décision ultime tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, ou de façon plus libérale afin d'englober les jugements interlocutoires se rapportant à cette décision qui sont rendus dans le cadre d'une audience visée par le par. 18(1), il est manifeste qu'il ne comprend pas une ordonnance accordant ou refusant la suspension des procédures.

Contrairement aux jugements interlocutoires, la suspension des procédures ne sera pas prononcée afin de trancher plus efficacement la question ultime de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux. L'ordonnance qui suspend les procédures n'est donc pas liée à cette décision ultime.

En outre, il se peut qu'en autorisant les appels formés contre les jugements interlocutoires rendus dans le contexte d'un renvoi prévu à l'art. 18 on aille effectivement à l'encontre du but que le législateur fédéral visait en conférant un caractère définitif aux décisions en matière de citoyenneté. Comme le juge McLachlin l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, des préoccupations de politique générale légitimes justifient la lutte menée contre la «pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement» (p. 641). Ces préoccupations ne valent pas toutefois pour les ordonnances suspendant l'instance. La suspension est accordée rarement et seulement dans les «cas les plus manifestes». Elle est accordée pour des motifs qui n'ont aucun rapport avec le bien-fondé du renvoi prévu à l'art. 18 et sont habituellement étrangers au contexte «citoyenneté» du renvoi. Permettre que des appels soient formés contre des décisions prononçant la suspension des procédures ne menacerait pas sérieusement le but visé par l'attribution d'un caractère définitif aux décisions rendues en matière de citoyenneté.

57

58

59

60 It should be noted that, even if s. 18(1) of the *Citizenship Act* were to be interpreted as encompassing not only the final determination as to whether citizenship was obtained by false pretences but also any decisions related to this determination, an exception should be made for a decision to deny a motion for a stay of proceedings. It is arguable that a decision denying a stay of proceedings is “related” to the question of whether citizenship was obtained by false pretences insofar as it has the effect of allowing the inquiry on the merits to proceed. However, it would appear to be fundamentally unfair, and contrary to the rules of natural justice, to allow appeals to be taken from a decision to order a stay of proceedings but not from a decision refusing to order a stay. Such a result could not have been intended by Parliament.

61 It follows that a decision allowing or denying a motion for a stay of proceedings is not a decision made “under” s. 18(1). It is a decision made under s. 50 of the *Federal Court Act* and may be appealed according to the rules set out at s. 27 of that Act. The appellants contend that this is at odds with the principles set out in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. They argue that the better interpretation of s. 18 of the *Citizenship Act* is that all decisions made in the context of a s. 18 reference, be they final or interlocutory, “on the merits” or procedural, should be considered to have been made “under” s. 18(1) and therefore are subject to s. 18(3).

62 At issue in *Jewitt* was s. 605(1)(a) (now s. 676(1)(a)) of the *Criminal Code* which provided for a right of appeal by the Crown “against a judgment or verdict of acquittal” in certain circumstances. It was held that any order of the Court, regardless of the terminology used, which effectively brings proceedings to a final conclusion in favour of the accused is tantamount to a verdict of

Il convient de noter que, même si le par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté* devait être interprété comme visant non seulement la décision définitive tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux mais également toutes les décisions s’y rapportant, il faudrait faire une exception dans le cas de la décision rejetant une demande de suspension des procédures. On peut soutenir que la décision qui refuse la suspension des procédures est «liée» à la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux dans la mesure où elle a pour effet d’autoriser la poursuite de l’examen du bien-fondé de la demande. Cependant, il paraîtrait fondamentalement inéquitable, et contraire aux règles de justice naturelle, de permettre qu’il soit interjeté appel d’une décision ordonnant la suspension des procédures mais non d’une décision refusant de l’accorder. Le législateur fédéral n’a pas pu vouloir ce résultat.

Il s’ensuit qu’une décision accueillant ou rejetant la requête en suspension des procédures n’est pas une décision «visée au» par. 18(1). C’est une décision prévue à l’art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et elle peut faire l’objet d’un appel conformément aux règles énoncées à l’art. 27 de cette Loi. Les appelants prétendent que cela n’est pas conforme aux principes énoncés dans l’arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Ils soutiennent que l’interprétation correcte de l’art. 18 de la *Loi sur la citoyenneté* veut que toutes les décisions rendues dans le contexte d’un renvoi prévu à l’art. 18, qu’elles soient définitives ou interlocutoires, qu’il s’agisse d’une décision «sur le fond» ou ayant trait à la procédure, devraient être considérées comme étant «visée[s] au» par. 18(1) et donc assujetties au par. 18(3).

Dans l’arrêt *Jewitt*, il était question de l’al. 605(1)(a) (maintenant l’al. 676(1)(a)) du *Code criminel*, qui prévoyait un droit d’appel du ministère public «contre un jugement ou verdict d’acquiescement d’un tribunal de première instance» dans certains cas. Il a été jugé que toute ordonnance de la cour, indépendamment de la terminologie utilisée, qui donne effectivement au litige une solution

acquittal for the purposes of appeal. Such an order includes a stay of proceedings.

The appellants contend that if, in the criminal law context, a stay of proceedings is for the purposes of appeal tantamount to a decision on the merits, there is no reason for holding that it is not tantamount to a decision as to whether citizenship was obtained by false pretences under s. 18(1) of the *Citizenship Act*. The principle underlying *Jewitt*, it is argued, is that substance ought to triumph over form. If the order has the effect of bringing the proceedings to a close, it should, for the purposes of appeal, be considered a decision on the merits in favour of the person against whom the proceedings were instituted.

On their face the reasons in *Jewitt* appear to be compelling authority in favour of the appellants' position. However, *Jewitt* must be read in light of the more recent judgment of *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597. There, the accused sought leave to appeal a judgment of the court of appeal setting aside his conviction and entering a stay of proceedings. The issue was whether such a judgment is tantamount, for the purposes of appeal, to a judgment setting aside a conviction and entering a verdict of acquittal or ordering a new trial. The majority of this Court held that it was not.

The statutory basis of the court of appeal's power to order a stay of proceedings was held to be not s. 686(2) of the *Criminal Code* (which empowers the court to set aside a conviction and from which no appeal by the accused lies), but s. 686(8) (which empowers the court to make ancillary orders). Furthermore, it was held that, as an order made under s. 686(8) of the *Criminal Code*, a stay of proceedings does not represent "a functionally integral part of a 'judgment . . . setting aside or affirming a conviction'" (p. 626). Rather, it was held that "an order rendered under s. 686(8) represents a separate, divisible judicial act from

finale favorable à l'accusé est assimilable à un verdict d'acquiescement aux fins de l'appel. Une telle ordonnance embrasse la suspension des procédures.

Les appelants prétendent que, si, dans le contexte du droit criminel, la suspension des procédures vaut, aux fins de l'appel, une décision sur le fond, il n'y a aucune raison de conclure qu'elle n'est pas assimilable à une décision tranchant la question de savoir si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux, rendue en application du par. 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*. Selon les appelants, le principe sous-tendant l'arrêt *Jewitt* est que le fond doit l'emporter sur la forme. Si l'ordonnance a pour effet de mettre fin aux procédures, elle devrait, aux fins de l'appel, être considérée comme une décision sur le fond favorable à la personne contre laquelle les procédures ont été engagées.

À première vue, les motifs exposés dans l'arrêt *Jewitt* semblent favoriser de façon convaincante la position des appelants. Cependant, il faut interpréter l'arrêt *Jewitt* à la lumière de l'arrêt plus récent *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597. Dans cette affaire, l'accusé demandait l'autorisation de se pourvoir contre un jugement de la cour d'appel annulant la déclaration de culpabilité et prononçant l'arrêt des procédures. La question était de savoir si un tel jugement équivalait, aux fins de l'appel, à un jugement annulant une déclaration de culpabilité et prononçant un verdict d'acquiescement ou ordonnant un nouveau procès. Notre Cour a statué à la majorité que ce n'était pas le cas.

Il a été décidé que le fondement juridique du pouvoir de la cour d'appel d'ordonner la suspension des procédures n'était pas le par. 686(2) du *Code criminel* (qui habilite la cour à annuler une déclaration de culpabilité sans que l'accusé puisse interjeter appel), mais le par. 686(8) (qui habilite la cour à rendre des ordonnances accessoires). De plus, il a été jugé que la suspension des procédures, en tant qu'ordonnance fondée sur le par. 686(8) du *Code criminel*, ne fait pas «partie intégrante d'un "jugement [. . .] annulant ou confirmant [une déclaration de culpabilité]"» (p. 626). Au contraire, il a été jugé qu'«une ordonnance fon-

63

64

65

which the accused or the Crown may independently seek leave to appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*" (p. 626). On this point, Lamer C.J. held, at pp. 619-20, that:

The power of an appellate court to impose a stay of criminal proceedings, similar to a trial court, derives its origin from the inherent jurisdiction of a superior court of record at common law. But given the breadth of the language of the residual order provision, I believe that the concrete exercise of that inherent power necessarily manifests itself through the statutory font of s. 686(8). . . . While the power of a court of appeal to order a stay of proceedings for abuse of process traces its origins to the common law, the actual exercise of that authority inevitably carries a statutory gloss by virtue of s. 686(8) of the *Criminal Code*. . . .

But while an appellate court's power to direct a stay of criminal proceedings ought to be properly understood as an exercise of its authority to enter an order under s. 686(8) of the *Code*, an order under s. 686(8) nonetheless represents a fundamentally distinct judicial order from an order for a new trial in accordance with s. 686(2)(b) within the structure of the appeals regime of the *Criminal Code*. As such, I do not believe that both types of orders are necessarily jointly excluded from this Court's general jurisdiction to grant leave by virtue of s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. [Emphasis added.]

66

This reasoning applies with equal force in the context of the *Citizenship Act*. The power to order a stay does not flow by necessary implication from the power to decide if citizenship was obtained by false pretences, set out at s. 18(1). Rather, it is a power which not only has its source in a different statutory provision (s. 50 of the *Federal Court Act*) but is also unrelated to the power set out at s. 18(1). To borrow the words of Lamer C.J. in *Hinse*, it is a "separate, divisible judicial act" (p. 626). Appeals from a decision to stay proceedings (or to refuse to enter a stay) should therefore be governed by the rules applicable to the statutory provision empowering the court to make this deci-

dée sur le par. 686(8) est un acte judiciaire distinct et divisible contre lequel l'accusé ou le ministère public peut indépendamment demander une autorisation de pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*» (p. 626). Sur ce point, le juge en chef Lamer a conclu, aux pp. 619 et 620, que:

Le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un arrêt de procédures criminelles, semblable à celui que possède un tribunal de première instance, a son origine dans le pouvoir inhérent d'une cour supérieure d'archives en common law. Mais compte tenu de la portée des termes de la disposition relative au pouvoir résiduel de rendre d'autres ordonnances, je crois que l'exercice concret de ce pouvoir inhérent se manifeste nécessairement par le biais du par. 686(8). [. . .] Bien que le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ait son origine dans la common law, l'exercice réel de ce pouvoir comporte inévitablement un certain éclat législatif en raison du par. 686(8) du *Code criminel*. . . .

Mais, bien que le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un arrêt de procédures criminelles doive être correctement interprété comme un exercice de son pouvoir de rendre une ordonnance fondée sur le par. 686(8) du *Code*, une ordonnance fondée sur le par. 686(8) n'en est pas moins une ordonnance judiciaire fondamentalement distincte d'une ordonnance de nouveau procès rendue en vertu de l'al. 686(2)(b), conformément à la structure du régime d'appels établi par le *Code criminel*. Je ne crois pas que ces deux types d'ordonnances soient, en vertu du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, nécessairement et conjointement exclus, comme tels, de la compétence générale que possède notre Cour pour accorder une autorisation. [Nous soulignons.]

Ce raisonnement s'applique avec autant de force dans le contexte de la *Loi sur la citoyenneté*. Le pouvoir d'ordonner la suspension des procédures ne découle pas nécessairement du pouvoir de décider si la citoyenneté a été obtenue par des moyens frauduleux prévu au par. 18(1). Au contraire, c'est un pouvoir qui non seulement a pour origine une disposition législative différente (l'art. 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*) mais n'a pas de rapport avec le pouvoir visé au par. 18(1). Pour reprendre les termes du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Hinse*, c'est un «acte judiciaire distinct et divisible» (p. 626). Les appels formés contre une décision de suspendre les procédures (ou de refuser de les sus-

sion. Those rules are set out at s. 27 of the *Federal Court Act* and they provide expressly for a right of appeal. It follows that the Court of Appeal had jurisdiction to hear the Crown's appeal in this case.

B. *Judicial Independence*

We conclude that the meeting between Mr. Thompson and Isaac C.J. and the subsequent conduct of officials of the Department of Justice did indeed cause damage to the appearance of judicial independence. The question remains as to the extent of that damage and how it should be weighed in considering whether a stay should be granted in these significant and important proceedings.

The independence of judges has two aspects: an institutional aspect and a personal aspect. As Le Dain J. wrote in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 691:

... the word "independent" in s. 11(d) of the *Charter* is to be understood as referring to the status or relationship of judicial independence as well as to the state of mind or attitude of the tribunal in the actual exercise of its judicial function.

The parties agree that it is the personal aspect of judicial independence — what is sometimes called "impartiality" — that is at issue here. No one alleges, and indeed there is no credible evidence to suggest, that the integrity of the Federal Court as an institution has been compromised.

Though it is very important that the judiciary should actually remain independent, it is equally important that the judiciary should be seen to be independent. In our view, there is not sufficient evidence to support the conclusion that the Chief Justice and the Associate Chief Justice did not in fact remain independent. However, the evidence does compel us to conclude that the appearance of

pendre) devraient être régis par les règles applicables à la disposition législative habilitant la cour à rendre cette décision. Ces règles sont énoncées à l'art. 27 de la *Loi sur la Cour fédérale* et elles prévoient expressément un droit d'appel. Il s'ensuit que la cour d'appel avait compétence pour connaître de l'appel du ministère public en l'espèce.

B. *L'indépendance judiciaire*

Nous concluons que la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef Isaac ainsi que le comportement subséquent des fonctionnaires du ministère de la Justice ont en effet porté atteinte à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire. Reste à savoir dans quelle mesure et quelle importance il faudrait accorder à l'atteinte pour décider s'il y a lieu de prononcer la suspension des importantes procédures engagées en l'espèce.

L'indépendance judiciaire revêt un double aspect: un aspect institutionnel et un aspect individuel. Comme le déclare le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 691:

... le terme «indépendant» de l'al. 11d) de la *Charte* doit être interprété comme visant le statut ou la relation d'indépendance judiciaire, autant que l'état d'esprit ou l'attitude du tribunal dans l'exercice concret de ses fonctions judiciaires.

Les parties sont d'accord pour dire que c'est l'aspect individuel de l'indépendance judiciaire — qu'on appelle parfois «l'impartialité» — qui est en cause ici. Personne n'affirme, et en effet aucun élément de preuve crédible ne permet de croire, que l'intégrité de la Cour fédérale en tant qu'institution a été compromise.

Si le maintien dans les faits de l'indépendance du pouvoir judiciaire est très important, l'impression d'indépendance qu'il doit donner ne l'est pas moins. À notre avis, il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion selon laquelle le juge en chef et le juge en chef adjoint n'ont pas de fait conservé leur indépendance. Toutefois, la preuve nous oblige effective-

67

68

69

judicial independence suffered significantly as a result of what happened on March 1, 1996.

70 The test for determining whether the appearance of judicial independence has been maintained is an objective one. The question is whether a well-informed and reasonable observer would perceive that judicial independence has been compromised. As Lamer C.J. wrote in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139, “[t]he overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality”.

71 The essence of judicial independence is freedom from outside interference. Dickson C.J., in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, described the concept in these words, at p. 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider — be it government, pressure group, individual or even another judge — should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

72 What emerges from all of this is a simple test for determining whether the appearance of judicial independence has been maintained: whether a reasonable observer would perceive that the court was able to conduct its business free from the interference of the government and of other judges.

73 There are many principles of professional conduct that must be observed in order to maintain the appearance of judicial independence. Two of these are particularly relevant here.

74 First, and as a general rule of conduct, counsel for one party should not discuss a particular case

ment à conclure que l’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été compromise de façon substantielle par les événements du 1^{er} mars 1996.

Le critère qui permet de déterminer si l’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été maintenue est un critère objectif. Il s’agit de savoir si un observateur bien informé et raisonnable conclurait que l’indépendance du pouvoir judiciaire a été compromise. Comme le juge en chef Lamer l’a dit dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 139, «[l]a garantie d’indépendance judiciaire vise dans l’ensemble à assurer une perception raisonnable d’impartialité».

L’essence de l’indépendance judiciaire est le fait d’être libre de toute ingérence extérieure. Dans *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 69, le juge en chef Dickson a défini ce concept en ces termes:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l’essentiel du principe de l’indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d’instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l’extérieur — que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge — ne doit intervenir en fait, ou tenter d’intervenir, dans la façon dont un juge mène l’affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d’être au centre du principe de l’indépendance judiciaire.

Ces considérations permettent de dégager un critère simple pour déterminer si l’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire a été maintenue: un observateur raisonnable aurait-il conclu que la cour pouvait mener ses affaires en toute liberté, à l’abri d’une intervention du gouvernement et des autres juges?

De nombreux principes déontologiques doivent être observés pour préserver l’impression d’indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire. Deux d’entre eux sont particulièrement pertinents en l’espèce.

Premièrement, une règle de conduite générale veut que l’avocat d’une partie ne discute pas d’une

with a judge except with the knowledge and preferably with the participation of counsel for the other parties to the case. See the Honourable J. O. Wilson, *A Book for Judges* (1980), at p. 52. The meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice, at which counsel for the appellants were not present, violated this rule and was clearly inappropriate, and this despite the fact that the occasion for the meeting was a highly legitimate concern about the exceedingly slow progress of the cases.

Second, and again as a general rule, a judge should not accede to the demands of one party without giving counsel for the other parties a chance to present their views. It was therefore clearly wrong, and seriously so, for the Chief Justice to speak to the Associate Chief Justice at the instance of Mr. Thompson. We agree with Pratte J.A. that a chief justice is responsible for the expeditious progress of cases through his or her court and may under certain circumstances be obligated to take steps to correct tardiness. Yet, the actions of Isaac C.J. were more in the nature of a response to a party rather than to a problem. Thus, an action that might have been innocuous and even obligatory under other circumstances acquired an air of impropriety as a result of the events that preceded it. Quite simply, it was inappropriate.

In similar fashion, by responding as he did to the Chief Justice's intervention without the participation of counsel for the appellants, Jerome A.C.J. acted inappropriately. We believe that there is ample evidence that might lead a reasonable observer to conclude that the Associate Chief Justice was not able to conduct the appellants' cases free from the interference of the federal Department of Justice and of the Chief Justice of his court. Before March 1, 1996, the Associate Chief Justice was content with the pace at which the appellants' cases were advancing through his court. Indeed, even after Mr. Amerasinghe wrote to the Court Administrator to complain about the slow pace of the proceedings, the Associate Chief Justice resolved not to expedite consideration of

affaire donnée avec le juge sauf si les avocats des autres parties sont au courant et de préférence, participent à la discussion. Voir J. O. Wilson, *A Book for Judges* (1980), à la p. 52. La rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef, à laquelle les avocats des appelants n'ont pas assisté, violait cette règle et était manifestement inappropriée, et ce, bien que la rencontre ait eu pour origine une préoccupation bien légitime au sujet de la progression excessivement lente de l'instance.

Deuxièmement, et encore une fois en règle générale, le juge ne devrait pas accéder aux demandes d'une partie sans accorder aux avocats des autres parties la possibilité de présenter leurs points de vue. C'était donc manifestement une erreur, et une erreur grave, de la part du juge en chef de parler au juge en chef adjoint à la demande de M^e Thompson. Nous sommes d'accord avec le juge Pratte pour dire qu'un juge en chef est responsable de l'instruction diligente des affaires dont sa cour est saisie et qu'il peut, dans certains cas, être obligé de prendre des mesures pour corriger les retards. Cependant, les actes du juge en chef Isaac ont été accomplis davantage pour répondre à l'une des parties que pour régler un problème. Ainsi, un acte qui aurait pu être inoffensif et même obligatoire dans d'autres circonstances a revêtu une apparence d'irrégularité à cause des événements qui l'ont précédé. Tout simplement, cette conduite était déplacée.

De même, en réagissant comme il l'a fait à l'intervention du juge en chef, sans demander le concours des avocats des appelants, le juge en chef adjoint Jerome a agi de façon intempestive. Nous croyons qu'il y a amplement d'éléments de preuve pour amener un observateur raisonnable à conclure que le juge en chef adjoint n'était pas capable de mener les affaires des appelants à l'abri de l'intervention du ministère de la Justice fédéral et du juge en chef de la cour. Avant le 1^{er} mars 1996, le juge en chef adjoint était satisfait de la progression des causes des appelants devant lui. En effet, même après que M^e Amerasinghe eut écrit à l'administrateur de la cour pour se plaindre de la lenteur des procédures, le juge en chef adjoint a décidé de ne pas accélérer l'examen des requêtes

75

76

the preliminary motions. Instead, he insisted on hearing oral argument according to the original, exceedingly dilatory schedule. It was only after the March 1, 1996 meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice that Jerome A.C.J. acquired an appreciation of the Government's position. In his letter of March 1, 1996, the Chief Justice wrote:

As regards the three cases about which you wrote, the Associate Chief Justice says firstly, that he did not fully appreciate until he read your letter, the urgency of dealing with these matters as expeditiously as the Government would like. However, now that he is aware he will devote one week from 15 May to deal with these cases not only with respect to the preliminary points but also with respect to the merits. Finally, he has authorized me to say that additional cases of this class coming into the Court will be given the highest priority in light of the concerns expressed in your letter. [Emphasis added.]

77 Subsequent developments confirmed that the Associate Chief Justice had indeed finally received the Government's message. On April 10, 1996, the Associate Chief Justice retreated from his earlier position and announced that he would set aside sufficient time in May to dispose of all the preliminary issues in the appellants' cases. He also indicated that he would bring the cases to a final conclusion by July.

78 We do not see how a reasonable observer could fail at least to wonder whether the Government, through Mr. Thompson, had succeeded in influencing the Associate Chief Justice to take a position more favourable to the Government's interests than he would otherwise have done. Making this conclusion even more likely is the undertaking of the Chief Justice and the Associate Chief Justice to Mr. Thompson that all reasonable steps would be taken to avoid a reference to the Supreme Court of Canada.

79 The respondent tries to resist this conclusion by saying that the impetus to efficiency came not from Mr. Thompson and the Government but from

préliminaires. Il a plutôt insisté pour que les arguments soient présentés verbalement conformément à l'échéancier initial, extrêmement dilatoire. Ce n'est qu'après la rencontre du 1^{er} mars 1996 entre M^e Thompson et le juge en chef que le juge en chef adjoint Jerome s'est rendu compte de la position du gouvernement. Dans sa lettre du 1^{er} mars 1996, le juge en chef écrivait:

[TRADUCTION] En ce qui concerne les trois dossiers visés par votre lettre, le juge en chef adjoint fait savoir en premier lieu qu'avant de lire votre lettre, il ne se rendait pas pleinement compte de la nécessité qu'il y a à les instruire de façon aussi urgente que le souhaite le gouvernement. Cependant, maintenant qu'il s'en est rendu compte, il consacrera, à compter du 15 mai, une semaine à l'audition non seulement des questions préliminaires, mais aussi de la cause au fond. Enfin, il m'a demandé de vous faire savoir qu'à l'avenir, la Cour accordera la plus haute priorité aux causes de ce genre étant donné les préoccupations exprimées dans votre lettre. [Nous soulignons.]

La suite des événements est venue confirmer que le juge en chef adjoint avait en effet finalement reçu le message du gouvernement. Le 10 avril 1996, le juge en chef adjoint a abandonné sa position antérieure et a annoncé qu'il prévoirait suffisamment de temps en mai pour statuer sur toutes les questions préliminaires soulevées dans le cadre des causes des appelants. Il a aussi indiqué qu'il donnerait une solution définitive au litige au plus tard en juillet.

Nous ne voyons pas comment un observateur raisonnable pourrait ne pas à tout le moins se demander si le gouvernement, grâce à l'intervention de M^e Thompson, n'avait pas réussi à amener le juge en chef adjoint à adopter un point de vue plus favorable aux intérêts du gouvernement que celui qu'il aurait retenu. Ce qui rend cette conclusion encore plus vraisemblable, c'est l'assurance donnée par le juge en chef et le juge en chef adjoint à M^e Thompson que toutes les mesures raisonnables seraient prises afin d'éviter un renvoi à la Cour suprême du Canada.

L'intimé essaie de réfuter cette conclusion en disant que cet élan d'efficacité n'est pas venu de M^e Thompson et du gouvernement mais du juge en

the Chief Justice. The Chief Justice, the respondent says, was duty-bound to look into what was, by any objective standard, a serious delay in proceedings in his court. The respondent thus offers the Chief Justice as a kind of *novus actus interveniens* who stands between the Government and the Associate Chief Justice and, by the propriety of his own intentions, severs what would otherwise be an improper link between them.

What the respondent's submission overlooks is that the Chief Justice was not able to exercise his administrative function entirely free from outside interference. Mr. Thompson approached the Chief Justice and told him that if the Associate Chief Justice did not pick up the pace, the Federal Court would face the embarrassment of having the Government go "over its head" to this Court. The Chief Justice's letter to Mr. Thompson suggests that this "threat" carried some weight with him and with the Associate Chief Justice as well:

I have discussed your concerns with the Associate Chief Justice and, like me, he is prepared to take all reasonable steps possible to avoid a Reference to the Supreme Court of Canada on these matters.

It is reasonable to suppose that the threat of appeal to a higher authority influenced the Chief Justice and Associate Chief Justice to act in a way that would otherwise have been unpalatable to them. In this we agree entirely with Stone J.A., who found that "an informed person would conclude that this decision, by which the hearing of all preliminary motions and the trials would be compressed into a relatively short time frame, would redound to the disadvantage of the individual respondents [now appellants] and was taken so as 'to avoid' a reference to the Supreme Court" (p. 868). To interfere with the scheduling of cases because of delay is one thing but to pledge to take all reasonable steps to avoid a reference to the Supreme Court of Canada is quite another. It is wrong and improper for a judge to give such an undertaking. What is pertinent is to avoid delays, not to avoid appeals or recourse to higher courts.

chef. Le juge en chef, dit l'intimé, avait le devoir d'examiner ce qui était, selon toute norme objective, un retard important des procédures se déroulant devant sa cour. L'intimé présente ainsi le juge en chef comme une sorte de *novus actus interveniens* placé entre le gouvernement et le juge en chef adjoint qui, par la justesse de ses propres intentions, vient rompre ce qui autrement constituerait un lien irrégulier entre eux.

Ce dont l'argument de l'intimé ne tient pas compte, c'est que le juge en chef ne pouvait pas exercer ses fonctions administratives à l'abri de toute ingérence extérieure. M^e Thompson a dit au juge en chef que si le juge en chef adjoint n'accélérait pas le traitement des dossiers, la Cour fédérale serait placée dans une situation où le gouvernement «la court-circuiterait» pour s'adresser à notre Cour. La lettre du juge en chef à M^e Thompson porte à croire que cette «menace» a eu une certaine influence sur lui et sur le juge en chef adjoint:

[TRADUCTION] J'ai fait part de vos préoccupations au juge en chef adjoint et, tout comme moi, il est prêt à prendre toutes les mesures raisonnables possibles afin d'éviter un renvoi à la Cour suprême du Canada.

Il est raisonnable de supposer que la menace d'un appel à un tribunal supérieur a incité le juge en chef et le juge en chef adjoint à agir d'une façon qui autrement leur aurait été désagréable. Sur ce point nous sommes tout à fait d'accord avec le juge Stone qui a conclu qu'«une personne informée conclurait que cette décision, par laquelle toutes les requêtes préliminaires ainsi que le jugement au fond seraient comprimés dans un laps de temps relativement court, aurait pour effet ultime de défavoriser chacun des intimés [maintenant les appelants], et qu'elle a été prise "afin d'éviter" un renvoi à la Cour suprême» (p. 868). Intervenir dans la mise au rôle des causes en raison d'un retard, c'est une chose, mais s'engager à prendre toutes les mesures raisonnables pour éviter un renvoi à la Cour suprême du Canada, c'en est une autre. Il est répréhensible et déplacé de la part d'un juge de prendre un tel engagement. Ce qui est pertinent, c'est d'éviter les délais, non d'éviter les appels ou le recours à des tribunaux supérieurs.

81 However, the respondent is quite right to observe that the delay in the Federal Court — Trial Division was inordinate and arguably inexcusable, and posed a real problem for the Department of Justice and for the Chief Justice. The fact is that in the space of a year, the Associate Chief Justice heard only one day of argument, and that on a preliminary motion. In our view, the Associate Chief Justice's dilatoriness defies explanation. The appellants attempt nevertheless to explain it, saying that the Associate Chief Justice had reason to delay the proceedings until judgment had been given by himself in a case called *Nemsila*, which might have cast some light on citizenship revocation cases generally. The Chief Justice for his part mentioned the *Nemsila* case in his letter of March 1, 1996, though he did not attempt to offer it as a justification for delay in the appellants' cases.

82 However, even accepting that there was reason to await the rendering of judgment in *Nemsila*, the proper procedure would have been to hear argument on the appellants' motion and, if necessary, to reserve judgment. To call three cases to a halt awaiting the outcome of another case strikes us as a procedure calculated to create unnecessary delay. The appellants also point out that the respondent was not ready to proceed to a hearing on the merits. Apparently the respondent had not finished translating certain witness statements. But no one has suggested that the matter should have been brought to a conclusion on the merits before May 15, 1996, only that some progress should have been made toward resolving the preliminary questions before that date, and to settle the preliminary questions would not have required that all the witness statements should be available. Therefore, the fact that the respondent was not yet ready to proceed to trial cannot excuse the delay in the Associate Chief Justice's consideration of the preliminary questions.

83 What all this means is that Mr. Thompson went to the Chief Justice with a legitimate grievance. This fact does not excuse what Mr. Thompson did

Cependant, l'intimé a entièrement raison de faire remarquer que le délai en Section de première instance de la Cour fédérale était excessif et, on pourrait le soutenir, inexcusable et qu'il soulevait un réel problème pour le ministère de la Justice et le juge en chef. Le fait est qu'en l'espace d'un an, le juge en chef adjoint n'avait consacré qu'une journée à l'audition des arguments et ce, relativement à une requête préliminaire. À notre avis, la lenteur du juge en chef adjoint défie toute explication. Les appelants cherchent néanmoins à l'expliquer, en disant que le juge en chef adjoint avait raison de reporter les procédures jusqu'à ce qu'il ait lui-même rendu jugement dans l'affaire *Nemsila*, susceptible d'apporter une lumière sur les cas de révocation de la citoyenneté en général. Le juge en chef a, quant à lui, mentionné l'affaire *Nemsila* dans sa lettre du 1^{er} mars 1996, bien qu'il n'ait pas essayé de s'en servir pour justifier le retard dans les dossiers des appelants.

Toutefois, même en admettant qu'il était justifié d'attendre le prononcé du jugement dans l'affaire *Nemsila*, la procédure à suivre consistait à entendre l'argumentation relativement à la requête des appelants et, au besoin, de réserver le jugement. Interrompre trois causes en attendant l'issue d'une quatrième nous apparaît comme une procédure visant à créer un retard inutile. Les appelants font également remarquer que l'intimé n'était pas prêt à présenter ses arguments quant au fond. Apparemment, il n'avait pas fini de faire traduire les déclarations de certains témoins. Mais personne n'a affirmé qu'il aurait fallu statuer au fond avant le 15 mai 1996, on a seulement soutenu que des progrès auraient du être réalisés en ce qui concerne le règlement des questions préliminaires avant cette date. Le règlement de ces questions préliminaires n'aurait pas exigé que toutes les déclarations des témoins soient disponibles. Par conséquent, le fait que l'intimé n'était pas encore prêt à poursuivre le procès ne peut pas excuser le temps mis par le juge en chef adjoint à examiner les questions préliminaires.

Tout cela signifie que M^e Thompson a soumis au juge en chef un sujet de plainte légitime. Ce fait n'excuse pas M^e Thompson — celui-ci a assuré-

— he assuredly chose an impermissible means of presenting his grievance — but it does cast into very real doubt the sinister interpretation that the appellants have attempted to place on his conduct. Given the vexing delay that the respondent had faced in the Trial Division, it is quite understandable that Mr. Thompson would have wished to do something about it. We believe that Mr. Thompson's motives were proper. It was his judgment that is questionable. What Mr. Thompson did was not wicked or done in bad faith. It is enough to say that what he did was inappropriate. As senior counsel in the Department of Justice, he arranged to speak privately — without opposing counsel present — to the Chief Justice, concerning cases which were pending. This he should not have done.

The appellants suggest that there was a “conspiracy” to have the Associate Chief Justice recuse himself from the cases. Clearly there is insufficient evidence before this Court to dispose of this question fully, and we do not believe that it is crucial to the outcome of this appeal. Still, in our view, to accept that suggestion would stretch the bounds of credulity. Although Mr. Amerasinghe recorded that Mr. Thompson had gotten the Chief Justice to agree to have the Associate Chief Justice recuse himself, the evidence is all inconsistent with the existence of any such agreement. As events developed, the Associate Chief Justice did not recuse himself. Quite the contrary, on April 10, 1996, the Associate Chief Justice indicated that he wished to hear argument concerning the preliminary motions on May 15 and 16, as previously scheduled. It was only after the appellants indicated that they would seek a stay of proceedings on the ground that the Associate Chief Justice's independence had been compromised that the Associate Chief Justice recused himself. In the light of these events, the only way that the suggestion of a conspiracy can be credited is on the supposition that Mr. Thompson, the Chief Justice, and the Associate Chief Justice orchestrated the whole affair, from the disclosure of the March 1 correspondence through to the appellants' motion for a stay of proceedings. Again, we would emphasize that we lack the evidence necessary to decide this question and

ment choisi un moyen inadmissible de présenter sa plainte — mais il jette effectivement un véritable doute sur l'interprétation sinistre de sa conduite que les appelants ont essayé de faire. Vu la lenteur injustifiée des procédures auquel l'intimé s'est heurté en Section de première instance, il est bien compréhensible que M^e Thompson ait voulu faire quelque chose à ce sujet. Nous croyons que les motifs de M^e Thompson étaient légitimes. C'est son jugement qui est discutable. M^e Thompson n'était pas poussé par la méchanceté ni par la mauvaise foi. Il suffit de dire que ce qu'il a fait était déplacé. En tant qu'avocat principal au ministère de la Justice, il s'est arrangé pour parler en privé — à l'insu des avocats des parties adverses — au juge en chef, au sujet de causes qui étaient pendantes. Il n'aurait pas dû le faire.

Les appelants laissent entendre qu'il y a eu «conspiration» en vue d'amener le juge en chef adjoint à se récuser. À l'évidence, il n'y a pas suffisamment de preuve au dossier pour que nous puissions vider la question et nous ne pensons pas non plus que ce soit essentiel pour l'issue du présent pourvoi. Mais, à notre avis, accepter cette proposition c'est forcer le sens du mot crédulité. Bien que M^e Amerasinghe ait noté que M^e Thompson avait amené le juge en chef à convaincre le juge en chef adjoint de se récuser, la preuve est incompatible avec l'existence d'une telle entente. Selon la suite des événements, le juge en chef adjoint ne s'est pas récusé. Bien au contraire, le 10 avril 1996, le juge en chef adjoint a indiqué qu'il voulait entendre les requêtes préliminaires les 15 et 16 mai, comme il avait été prévu. C'est seulement après que les appelants eurent fait savoir qu'ils demanderaient la suspension des procédures pour le motif que l'indépendance du juge en chef adjoint avait été compromise que ce dernier s'est récusé. Compte tenu de ces événements, la seule façon qu'on puisse accorder du crédit à l'idée d'une conspiration est de supposer que M^e Thompson, le juge en chef et le juge en chef adjoint ont orchestré toute l'affaire, depuis la divulgation de la correspondance échangée le 1^{er} mars jusqu'à la requête en suspension des procédures présentée par les appelants. Nous faisons à nouveau remarquer que nous ne disposons pas des

do not purport to do so. But that supposition passes all belief. Certainly no reasonable observer, apprised of all the facts, would believe it. Therefore, all that Mr. Amerasinghe's note shows is that Mr. Amerasinghe believed that some arrangement had been made to have the Associate Chief Justice recuse himself. The outcome of this appeal cannot turn on what Mr. Amerasinghe believed.

85 In short, the evidence supports the conclusion that the appearance of judicial independence suffered a serious affront as a result of the March 1, 1996 meeting between Mr. Thompson and Isaac C.J. This affront very seriously compromised the appearance of judicial independence. A reasonable observer apprised of the workings of the Federal Court and of all the circumstances would perceive that the Chief Justice and the Associate Chief Justice were improperly and unduly influenced by a senior officer of the Department of Justice. However, there is no persuasive evidence of bad faith on the part of any of the actors in this drama, nor is there any solid evidence that the independence of the judges in question was actually compromised.

C. *The Remedy*

86 Although the meeting and subsequent exchange of letters between Mr. Thompson and the Chief Justice were very serious matters that compromised the appearance of the Chief Justice's and the Associate Chief Justice's independence, on balance the damage was not sufficiently serious to warrant the granting of that ultimate remedy of a stay of proceedings. The lesser remedy of ordering the appellants' cases to proceed before a different judge of the Federal Court — Trial Division will, together with the additional conditions, suffice.

(i) The Standard of Review

87 A stay of proceedings is a discretionary remedy. Accordingly, an appellate court may not lightly interfere with a trial judge's decision to grant or not to grant a stay. The situation here is just as our

preuves nécessaires pour trancher la question et que nous n'entendons pas le faire. Mais cette supposition est tout à fait incroyable. Il est certain qu'aucun observateur raisonnable, mis au courant de tous les faits, n'y croirait. Par conséquent, tout ce que montre la note de M^e Amerasinghe, c'est que ce dernier croyait qu'une sorte d'entente était intervenue pour que le juge en chef adjoint se récuse. L'issue du présent pourvoi ne peut pas reposer sur les croyances de M^e Amerasinghe.

Bref, la preuve vient étayer la conclusion qu'il y a eu atteinte grave à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire à la suite de la rencontre du 1^{er} mars 1996 entre M^e Thompson et le juge en chef Isaac. Cette atteinte a compromis très sérieusement l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire. Un observateur raisonnable au fait des travaux de la Cour fédérale et de toutes les circonstances conclurait que le juge en chef et le juge en chef adjoint ont été influencés de façon indue et incorrecte par un haut fonctionnaire du ministère de la Justice. Cependant, aucune preuve convaincante n'établit que l'un des acteurs de ce drame ait agi de mauvaise foi et il n'y a pas non plus de preuve solide que l'indépendance des juges en question ait été compromise dans les faits.

C. *La réparation*

Bien que la rencontre et l'échange subséquent de lettres entre M^e Thompson et le juge en chef constituent des actes très graves qui ont compromis l'impression d'indépendance que doivent donner le juge en chef et le juge en chef adjoint, tout compte fait, le préjudice n'est pas suffisamment grave pour justifier le recours à l'ultime réparation qu'est la suspension des procédures. Une réparation moindre, assortie de conditions supplémentaires, soit la désignation d'un autre juge de la Section de première instance de la Cour fédérale pour entendre les causes, suffira.

(i) La norme de contrôle

La suspension des procédures est une réparation discrétionnaire. Par conséquent, une cour d'appel ne peut pas intervenir à la légère dans la décision d'un juge de première instance d'accorder ou de ne

colleague Gonthier J. described it in *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, at p. 1375:

[A]n appellate court will be justified in intervening in a trial judge's exercise of his discretion only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice.

See also *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, at para. 48.

(ii) The Legal Principles

Though Cullen J. derived his power to enter a stay of proceedings from s. 50(1)(b) of the *Federal Court Act* and not from the *Charter* or the common law, the same principles that govern stays of proceedings under the latter heads of power apply equally well here. The "interest of justice" referred to in s. 50(1)(b) of the *Federal Court Act* is not fundamentally different from the concerns that animate the jurisprudence developed under s. 24(2) of the *Charter*, although the context in which s. 50(1)(b) operates may be different.

Most often a stay of proceedings is sought to remedy some unfairness to the individual that has resulted from state misconduct. However, there is a "residual category" of cases in which a stay may be warranted. L'Heureux-Dubé J. described it this way, in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73:

This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

The residual category, it bears noting, is a small one. In the vast majority of cases, the concern will be about the fairness of the trial.

pas accorder cette suspension. La situation en l'espèce ressemble à celle que notre collègue le juge Gonthier a évoquée dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, à la p. 1375:

[U]ne cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice.

Voir également l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, au par. 48.

(ii) Les principes juridiques

Bien que le juge Cullen ait tiré son pouvoir de suspendre les procédures de l'al. 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* et non pas de la *Charte* ou de la common law, les principes qui régissent la suspension des procédures sous leur régime concernent également la présente espèce. L'«intérêt de la justice» mentionné à l'al. 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est pas fondamentalement différent des préoccupations qui nourrissent la jurisprudence élaborée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, quoique le contexte dans lequel s'applique l'al. 50(1)(b) puisse être tout autre.

Le plus souvent, on demande la suspension des procédures pour corriger l'injustice dont est victime un particulier en raison de la conduite répréhensible de l'État. Toutefois, il existe une «catégorie résiduelle» de cas où une telle suspension peut être justifiée. Le juge L'Heureux-Dubé l'a décrite de cette façon dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 73:

Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

Cette catégorie résiduelle, il faut le noter, est une petite catégorie. Dans la grande majorité des cas, l'accent sera mis sur le caractère équitable du procès.

88

89

90

If it appears that the state has conducted a prosecution in a way that renders the proceedings unfair or is otherwise damaging to the integrity of the judicial system, two criteria must be satisfied before a stay will be appropriate. They are that:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

(*O'Connor*, *supra*, at para. 75.)

91

The first criterion is critically important. It reflects the fact that a stay of proceedings is a prospective remedy. A stay of proceedings does not redress a wrong that has already been done. It aims to prevent the perpetuation of a wrong that, if left alone, will continue to trouble the parties and the community as a whole in the future. See *O'Connor*, at para. 82. For this reason, the first criterion must be satisfied even in cases involving conduct that falls into the residual category. See *O'Connor*, at para. 75. The mere fact that the state has treated an individual shabbily in the past is not enough to warrant a stay of proceedings. For a stay of proceedings to be appropriate in a case falling into the residual category, it must appear that the state misconduct is likely to continue in the future or that the carrying forward of the prosecution will offend society's sense of justice. Ordinarily, the latter condition will not be met unless the former is as well — society will not take umbrage at the carrying forward of a prosecution unless it is likely that some form of misconduct will continue. There may be exceptional cases in which the past misconduct is so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive. But such cases should be relatively very rare.

92

After considering these two requirements, the court may still find it necessary to consider a third factor. As L'Heureux-Dubé J. has written, "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 proceed-

S'il appert que l'État a mené une poursuite de façon à rendre les procédures inéquitables ou qu'il a porté par ailleurs atteinte à l'intégrité du système judiciaire, il faut satisfaire à deux critères pour que la suspension constitue une réparation convenable. Les voici:

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

(*O'Connor*, précité, au par. 75.)

Le premier critère est d'une importance capitale. Il reflète le caractère prospectif de cette réparation. La suspension des procédures ne corrige pas le préjudice causé, elle vise à empêcher que ne se perpétue une atteinte qui, faute d'intervention, continuera à perturber les parties et la société dans son ensemble à l'avenir. Voir l'arrêt *O'Connor*, au par. 82. Pour cette raison, il faut satisfaire au premier critère même s'il s'agit d'un cas visé par la catégorie résiduelle. Voir l'arrêt *O'Connor*, au par. 75. Le simple fait que l'État se soit mal conduit à l'égard d'un individu par le passé ne suffit pas à justifier la suspension des procédures. Pour que la suspension des procédures soit appropriée dans un cas visé par la catégorie résiduelle, il doit ressortir que la conduite répréhensible de l'État risque de continuer à l'avenir ou que la poursuite des procédures choquera le sens de la justice de la société. Ordinairement, la dernière condition ne sera pas remplie à moins que la première ne le soit aussi — la société ne s'offusquera pas de la poursuite des procédures à moins qu'une forme de conduite répréhensible soit susceptible de persister. Il peut y avoir des cas exceptionnels où la conduite reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant. Mais de tels cas devraient être relativement très rares.

Après avoir exprimé ces deux exigences, la cour peut encore estimer nécessaire de tenir compte d'un troisième facteur. Comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé, «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

ings”: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667. We take this statement to mean that there may be instances in which it will be appropriate to balance the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings against the interest that society has in having a final decision on the merits. This is not to say, of course, that something akin to an egregious act of misconduct could ever be overtaken by some passing public concern. Rather, it merely recognizes that in certain cases, where it is unclear whether the abuse is sufficient to warrant a stay, a compelling societal interest in having a full hearing could tip the scales in favour of proceeding.

(iii) Application of the Law to the Facts

For several reasons, a stay of proceedings is not the appropriate remedy in these cases. First, there is no likelihood that the carrying forward of the cases will manifest, perpetuate or aggravate any abuse. Second, the lesser remedy of ordering the cases to go forward under the supervision of a different judge of the Trial Division without any direction or intervention from the Chief Justice or the Associate Chief Justice will suffice. In this connection, we believe that, if Isaac C.J. or Jerome A.C.J. considered the situation and the possible perception of bias by reasonable observers, they would agree that it would be preferable if they did not participate in any future cases dealing with the same or related issues. Third, Canada’s interest in not giving shelter to those who concealed their wartime participation in acts of atrocities outweighs any foreseeable harm that might be done to the appellants or to the integrity of the system by proceeding with the cases. To the extent that he thought otherwise, the trial judge was in error.

de la justice est mieux servie par l’arrêt des procédures»: *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667. Selon nous, cela veut dire qu’il peut y avoir des cas où il sera approprié de mettre en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Naturellement, cela ne signifie pas qu’une préoccupation publique passagère puisse jamais l’emporter sur un acte apparenté à une conduite répréhensible grave. Au contraire, ce facteur ne fait que reconnaître que, dans certains cas, lorsqu’il n’est pas sûr que l’abus justifie la suspension des procédures, l’intérêt irrésistible de la société à ce qu’il y ait un débat sur le fond pourrait faire pencher la balance en faveur de la poursuite des procédures.

(iii) L’application du droit aux faits

Pour plusieurs raisons, la suspension des procédures n’est pas la réparation convenable en l’espèce. Premièrement, il n’y a pas de risque que la poursuite des procédures révèle, perpétue ou aggrave quelque abus. Deuxièmement, la réparation moindre qui consiste à ordonner l’instruction de l’instance devant un autre juge de la Section de première instance, avec interdiction au juge en chef et au juge en chef adjoint de donner des directives ou d’intervenir, suffira. Dans cet ordre d’idées, nous croyons que, si le juge en chef Isaac ou le juge en chef adjoint Jerome examinaient la situation et tenaient compte de la possibilité que des observateurs raisonnables concluent à la partialité, ils seraient d’accord pour dire qu’il est préférable qu’ils ne participent à l’instruction d’aucune cause ultérieure concernant les mêmes questions ou des questions connexes. Troisièmement, l’intérêt du Canada à ne pas donner refuge à ceux qui ont dissimulé leur participation en temps de guerre à des atrocités l’emporte sur tout préjudice prévisible que la poursuite des procédures pourrait causer aux appelants ou à l’intégrité du système. Dans la mesure où il a pensé le contraire, le juge de première instance se trompait.

(a) *No Likelihood That Any Abuse Will Be Manifested in the Future*

94 Although damage was done to the appearance of judicial independence, there is no indication that it will be manifested, perpetuated or aggravated by any future proceeding. Therefore, a stay of proceedings is not an appropriate remedy.

95 The appellants' best argument is that this case falls into the "residual category" mentioned in *O'Connor* because the state conducted its case against them so unfairly and vexatiously that harm was done to the very integrity of the judicial system. To carry forward in the light of what was done, they submit, would be to condone official misconduct and thereby to aggravate the abuse.

96 The problem with the appellants' submission is that it reflects a misunderstanding of the stay of proceedings as a remedy. When one looks at the criteria identified by L'Heureux-Dubé J. in *O'Connor*, *supra*, at para. 75, and the accompanying discussion, what emerges, in our view, are the following propositions. A stay is not a form of punishment. It is not a kind of retribution against the state and it is not a general deterrent. If it is appropriate to use punitive language at all, then probably the best way to describe a stay is as a specific deterrent — a remedy aimed at preventing the perpetuation or aggravation of a particular abuse. Admittedly, if a past abuse were serious enough, then public confidence in the administration of justice could be so undermined that the mere act of carrying forward in the light of it would constitute a new and ongoing abuse sufficient to warrant a stay of proceedings. However, only an exceedingly serious abuse could ever bring such continuing disrepute upon the administration of justice. It is conceivable, we suppose, that something so traumatic could be done to an individual in the course of a proceeding that to continue the prosecution of him, even in an otherwise unexceptionable manner, would be unfair. Similarly, if the authorities were to fabricate and plant evidence at the scene of a crime, the continued

a) *Aucun risque qu'un abus ne soit révélé à l'avenir*

Bien qu'il y ait eu atteinte à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire, rien n'indique que le préjudice sera révélé, perpétué ou aggravé par quelque procédure ultérieure. Par conséquent, la suspension des procédures ne constitue pas la réparation convenable.

Le meilleur argument des appelants est que la présente espèce entre dans la «catégorie résiduelle» mentionnée dans l'arrêt *O'Connor* parce que l'État a mené les poursuites contre eux de façon si inéquitable et vexatoire qu'une atteinte a été portée à l'intégrité même du système judiciaire. Compte tenu de ce qui est arrivé, soutiennent-ils, poursuivre l'instance équivaldrait à fermer les yeux sur une conduite répréhensible officielle et à aggraver l'abus.

Le problème c'est que cet argument dénote une méconnaissance de la suspension des procédures en tant que réparation. Selon nous, les propositions qui suivent peuvent être dégagées des critères énoncés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 75, et de l'analyse qui en est faite. La suspension des procédures n'est pas une forme de punition. Ce n'est pas un genre de châtiment infligé à l'État et ce n'est pas une mesure générale de dissuasion. Si tant est qu'il convienne de parler de punition, la meilleure façon de décrire la suspension des procédures est probablement de la considérer comme une mesure de dissuasion particulière — une réparation visant à empêcher la perpétuation ou l'aggravation d'un abus. De l'aveu général, s'il était suffisamment grave, un abus commis dans le passé pourrait ébranler la confiance du public dans l'administration de la justice au point où le simple fait de poursuivre l'instance constituerait un nouvel abus persistant justifiant la suspension des procédures. Toutefois, seul un abus extrêmement grave pourrait jamais déconsidérer de façon prolongée l'administration de la justice. Nous supposons qu'il est concevable qu'un justiciable subisse un traitement si traumatisant au cours d'un procès que le fait de continuer la poursuite contre lui, même d'une manière qui par ailleurs n'aurait rien d'exception-

pursuit of a criminal prosecution might well be damaging to the integrity of the judicial system.

However, the damage that the appearance of judicial independence suffered as a result of the meeting between Mr. Thompson and the Chief Justice was not so serious that to proceed despite it would constitute an abuse. A reasonable, fully-informed member of the public, confronted with a continuation of the proceedings, would not think that an injustice was being perpetuated. Mr. Thompson, the Chief Justice and the Associate Chief Justice acted imprudently, but not to such an extent that they undermined public confidence in the justice system. Nothing was done that could have rendered the proceedings oppressive for the appellants. Undoubtedly, the appellants had a legitimate concern that the judge who had charge of their cases and the Chief Justice had become partial to the state. But that concern had to do only with the particular judges involved and not with the justice system as a whole. Thus it is clear that remedies other than a stay will rectify this unfortunate situation.

The appellants further submit that the appearance of judicial partiality will continue in the future if the cases are allowed to proceed. In our view, there is no prospect of judicial partiality in the future. The Chief Justice intervened only with the Associate Chief Justice. His conduct did not compromise the integrity of any other judges. The taint is confined to the Associate Chief Justice and the Chief Justice and can be readily contained.

Despite these rather obvious facts, Cullen J. found that a reasonable person would worry that the Chief Justice would exercise an improper influence over any judge appointed to hear the appellants' cases. With respect, we do not agree. His finding rests on an incomplete view of the law. Contrary to public perception, it is clear that a chief justice is only "*primus inter pares* in the court". *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995]

nel, serait inéquitable. De même, si les autorités devaient introduire des preuves fabriquées sur les lieux d'un crime, la continuation d'une poursuite criminelle pourrait bien porter atteinte à l'intégrité du système judiciaire.

Cependant, l'atteinte portée à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire du fait de la rencontre entre M^e Thompson et le juge en chef n'est pas grave au point que la poursuite des procédures constituerait un abus. Un citoyen raisonnable et bien informé constatant la poursuite de l'instance ne penserait pas qu'une injustice est en train de se perpétuer. M^e Thompson, le juge en chef et le juge en chef adjoint ont agi de façon imprudente, mais pas au point de miner la confiance du public dans le système de justice. Aucun acte n'a été accompli qui aurait pu rendre oppressives les procédures dirigées contre les appelants. Il est légitime, sans aucun doute, que les appelants aient redouté de la part du juge chargé de leurs dossiers et du juge en chef une partialité en faveur de l'État. Mais cette inquiétude visait uniquement les juges saisis des dossiers et non le système de justice dans son ensemble. Il est donc clair que des réparations autres que la suspension des procédures corrigeront cette malheureuse situation.

Les appelants soutiennent également que l'impression de partialité du pouvoir judiciaire subsistera si la poursuite des procédures est autorisée. À notre avis, la probabilité de partialité judiciaire à l'avenir est nulle. Le juge en chef est intervenu seulement auprès du juge en chef adjoint. Sa conduite n'a compromis l'intégrité d'aucun autre juge. L'atteinte ne concerne que le juge en chef adjoint et le juge en chef et elle peut facilement être réprimée.

Malgré ces faits assez évidents, le juge Cullen a conclu qu'une personne raisonnable redoutera que le juge en chef n'exerce une influence indue sur tout juge désigné pour instruire les causes des appelants. Nous sommes dans l'obligation d'exprimer notre désaccord sur ce point. Sa conclusion se fonde sur une conception incomplète du droit. Contrairement à la perception du public, il est clair que le juge en chef est seulement «*primus inter*

97

98

99

4 S.C.R. 267, at para. 59. He or she enjoys no particular authority over other judges, save an administrative one. See *Federal Court Act*, s. 6(1).

pires au sein de la cour». Ruffo c. Conseil de la magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267, au par. 59. Il n'exerce aucun pouvoir sur les autres juges, si ce n'est un pouvoir de nature administrative. Voir la *Loi sur la Cour fédérale*, par. 6(1).

100 Any influence that the Chief Justice might have had over the Associate Chief Justice might have been by virtue of some particular quality of their personal relationship. In this respect, we cannot refrain from commenting that the formal structural relationship between the Chief Justice and the Associate Chief Justice is not clear and in the aftermath of these events, perhaps the appropriate authorities might wish to consider the matter further to clarify the situation. But that aside, what happened between the Chief Justice and the Associate Chief Justice should not be taken as a reflection of the institutional relationship between them. A reasonable observer would understand this, and would understand also that the individual judges of the Trial Division "have nothing to gain by not deciding as their consciences dictate and nothing to lose by doing justice": *Ruffo, supra*, at para. 101.

Tout ascendant que pourrait exercer le juge en chef sur le juge en chef adjoint aurait pu résulter de la qualité particulière de leurs rapports personnels. À cet égard, nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que le lien structurel formel existant entre le juge en chef et le juge en chef adjoint n'est pas clair et, qu'à la suite de ces événements, les autorités compétentes voudront peut-être examiner la question davantage afin de clarifier la situation. Mais cela mis à part, ce qui s'est produit entre le juge en chef et le juge en chef adjoint ne devrait pas être considéré comme la manifestation du lien institutionnel qui les lie. Un observateur raisonnable le comprendrait et admettrait également que les juges de la Section de première instance, pris individuellement, «n'ont rien à gagner en ne décidant pas selon leur conscience pas plus qu'ils n'ont à perdre en rendant justice»: *Ruffo*, précité, au par. 101.

101 The sturdy resolve that Cullen J. himself demonstrated in deciding to grant a stay of proceedings was no aberration. It is precisely what any reasonably intelligent person, apprised of the workings of the Federal Court, would expect. However, by failing to credit the reasonable observer with sufficient understanding to recognize what was apparent even in his own conduct, Cullen J. committed an error of law. His exercise of discretion was founded on a misdirection and so cannot be allowed to stand.

La détermination bien arrêtée dont le juge Cullen lui-même a fait preuve en décidant d'accorder la suspension des procédures n'était pas une aberration. C'est précisément ce à quoi toute personne raisonnablement intelligente, au fait du fonctionnement de la Cour fédérale, se serait attendue. Cependant, en n'accordant pas à l'observateur raisonnable une intelligence suffisante pour reconnaître ce qui était manifeste même dans sa propre conduite, le juge Cullen a commis une erreur de droit. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire était fondé sur une considération erronée et il ne peut être accepté.

102 The decision of this Court in *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985, affords a good illustration of the correct approach to problems of apparent partiality. *Vermette* involved certain inflammatory and well-publicized remarks made by the Premier of Quebec about a case that was then before the courts. The trial judge entered a stay of proceedings, in part on the ground that the Premier's remarks had infringed the accused's right to a fair

L'arrêt de notre Cour *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985, illustre bien la façon correcte d'aborder les problèmes de partialité apparente. L'arrêt *Vermette* avait trait à certaines remarques incendiaires et bien médiatisées faites par le premier ministre du Québec au sujet d'une cause qui était devant les tribunaux. Le juge de première instance a prononcé l'arrêt des procédures, en partie pour le motif que les remarques du premier ministre

trial by making it unlikely that an impartial panel of jurors could be found. This Court set aside the stay. It held that the trial judge had founded his decision on impermissible speculation. La Forest J., for the majority, observed that there was “no evidence indicating that it will be impossible to select an impartial jury in a reasonable time” (p. 992). He further emphasized that, in the words of the Ontario Court of Appeal, “[t]here is an initial presumption that a juror . . . will perform his duties in accordance with his oath”. See *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, at p. 289.

The same kind of reasoning applies here. It is mere speculation that no impartial judge can be found. There is an initial presumption of fundamental importance that judges will be faithful to their solemn oath of office and not pay heed to any ill-advised interventions of a chief justice whose authority to intervene is limited to administrative matters. This serves as an answer not only to the suggestion that Mr. Thompson and the Chief Justice will persist in their improper behaviour but also to the recent suggestion that Mr. Thompson’s interference in the affairs of the Federal Court was more extensive than previously believed. Even if it is true that Mr. Thompson served as a sort of informer for the Chief Justice, reporting to him on judges whose performance was not acceptable to the federal government, still there is no reason to believe that such chicanery has impaired or will impair the ability of the judges of the Federal Court to function independently and in accordance with their oaths. The judge’s oath is a solemn and weighty covenant, not lightly betrayed. Until some evidence appears that the independence of a particular judge may have been compromised, as happened with respect to the Associate Chief Justice as a result of the Chief Justice’s letter of March 1, 1996, it remains a matter of speculation that a judge will be anything less than entirely faithful to the office.

avaient violé le droit de l’accusé à un procès équitable en rendant presque impossible la constitution d’un jury impartial. Notre Cour a annulé l’arrêt des procédures. Elle a statué que le juge de première instance avait fondé sa décision sur des spéculations inadmissibles. Le juge La Forest a fait remarquer, au nom de la majorité, qu’«aucune preuve n’indiquait qu’il serait impossible de former un jury impartial dans un délai raisonnable» (p. 992). Il a en outre signalé que, pour reprendre les termes employés par la Cour d’appel de l’Ontario, [TRADUCTION] «[i]l existe une présomption de base voulant qu’un juré [. . .] se déchargera de ses fonctions conformément à son serment». Voir *R. c. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279, à la p. 289.

Le même genre de raisonnement s’applique ici. C’est pure spéculation que de dire il est impossible de trouver un juge impartial. Une présomption de base d’une importance fondamentale veut que les juges respectent leur serment professionnel et ne tiennent pas compte des interventions mal avisées d’un juge en chef dont le pouvoir d’intervention se limite aux questions administratives. Cet argument vient réfuter non seulement la proposition selon laquelle M^e Thompson et le juge en chef persisteront dans leur comportement inapproprié, mais également l’affirmation récente voulant que l’intervention de M^e Thompson dans les affaires de la Cour fédérale soit plus importante qu’on ne l’avait cru antérieurement. Même s’il est vrai que M^e Thompson a fait office d’informateur auprès du juge en chef en lui signalant les juges dont le rendement était jugé inacceptable par le gouvernement fédéral, il n’y a aucune raison de croire, encore là, qu’un tel procédé a porté ou portera atteinte à la capacité des juges de la Cour fédérale d’exercer leurs fonctions en toute indépendance et conformément au serment qu’ils ont prêté. Le serment prononcé par le juge est un engagement solennel et lourd de conséquences qu’on ne saurait rompre à la légère. En l’absence d’éléments prouvant que l’indépendance d’un juge particulier a pu être compromise, comme cela est arrivé en ce qui concerne le juge en chef adjoint par suite de la lettre du juge en chef du 1^{er} mars 1996, l’idée qu’un juge ne sera pas entièrement fidèle à son serment professionnel relève de la spéculation.

(b) *A Lesser Remedy Is Sufficient*

104 For reasons similar to the ones we have already given, the abuse will be sufficiently remedied if we order that the cases against the appellants should go forward under a different judge of the Trial Division. There is every reason to think that the example of independence set by Cullen J. below will be followed by his successor.

105 If any illustration is needed of the sufficiency of a new trial as a remedy for bias, no better one can be found than the recent decision of this Court in *R. v. Latimer*, [1997] 1 S.C.R. 217. In that case, it emerged following the trial that Crown counsel and the police had administered a sort of litmus test to prospective jurors. In particular, they had sought to discover what prospective jurors thought about moral issues that would arise in the course of the trial. Five of the jurors who had been questioned in this way became members of the jury. This Court condemned the actions of Crown counsel as “nothing short of a flagrant abuse of process and interference with the administration of justice” (para. 43).

106 The reasonable inference to be drawn is that if the lesser remedy of a new trial was adequate in *Latimer*, which arguably involved a more serious apprehension of bias than this appeal does, then *a fortiori* it is adequate here.

(c) *Society's Interests Weigh Against a Stay*

107 If we had concluded that having regard to the other factors it was unclear whether the abuse was sufficient to warrant a stay, we would have found that the societal interest in seeing these cases through to their conclusion tips the balance against a stay. The following words of L'Heureux-Dubé J., in *O'Connor*, *supra*, at para. 81, are apt:

... in determining whether the prejudice to the integrity of the judicial system is remediable, consideration must be given to the societal and individual interests in

b) *Une réparation moindre est suffisante*

Pour des raisons analogues à celles que nous avons déjà exposées, l'abus sera suffisamment corrigé si nous ordonnons que les poursuites intentées contre les appelants soient instruites par un autre juge de la Section de première instance. Nous avons tout lieu de penser que l'exemple de l'indépendance dont a fait preuve le juge Cullen de la juridiction inférieure sera suivi par son remplaçant.

S'il fallait illustrer d'un exemple la suffisance d'un nouveau procès comme réparation en cas de partialité, on ne saurait mieux trouver que l'arrêt *R. c. Latimer*, [1997] 1 R.C.S. 217, rendu récemment par notre Cour. Dans cette affaire, il est apparu après le procès que le substitut du procureur général et la police avaient soumis les candidats jurés à une sorte de test décisif. Tout particulièrement, ils avaient tenté de découvrir ce que les candidats jurés pensaient au sujet des questions morales qui allaient être soulevées au cours du procès. Cinq des personnes interrogées de cette façon ont fait partie du jury. Notre Cour a condamné les actes du substitut du procureur général qu'elle a qualifiés d'«abus de procédure flagrant et [d']entrave à l'administration de la justice» (par. 43).

La déduction raisonnable à tirer est que, si la réparation moindre consistant en un nouveau procès convenait dans l'affaire *Latimer*, qui, on peut le soutenir, inspirait une crainte de partialité plus sérieuse que le présent pourvoi, *a fortiori* elle convient en l'espèce.

c) *Les intérêts de la société l'emportent sur la suspension des procédures*

Si nous avons conclu que, eu égard aux autres facteurs, il n'était pas sûr que l'abus soit suffisant pour justifier une suspension des procédures, nous aurions décidé que l'intérêt qu'a la société à voir ces affaires aboutir l'emporte sur la suspension des procédures. Les propos suivants du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 81, sont pertinents:

... pour déterminer s'il est possible de remédier au préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire, il faut tenir compte des intérêts communautaires et individuels

obtaining a determination of guilt or innocence. It goes without saying that these interests will increase commensurately to the seriousness of the charges against the accused.

Perhaps the first thing to notice is that what is at stake for the appellants in this case is arguably different from what is at stake for the typical accused in the typical criminal case. The state is trying to deprive the appellants of their citizenship and not of their liberty. Canadian citizenship is undoubtedly a very "valuable privilege" (see *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at para. 72). For some, such as those who might become stateless if deprived of their citizenship, it may be valued as highly as liberty. Yet for most, liberty is more valuable still. Therefore, the interests on the appellants' side of the balance do not weigh quite so heavily as they would if the proceedings were purely criminal in nature.

On the other side of the balance, society's interest in having a final decision on the merits is obvious. It is imperative that the truth should come to light. If it is not proven that the appellants did the things they are said to have done, then they will retain their citizenship. But if some or all of the alleged acts are proven then the appropriate action must be taken. What is at stake here, in however small a measure, is Canada's reputation as a responsible member of the community of nations. In our view, this concern is of the highest importance

An ongoing affront to judicial independence may be such that any further proceedings in the case would lack the appearance that justice would be done. In such a case the societal interest would not be served by a decision on the merits that is tainted by an appearance of injustice. The interest in preserving judicial independence will trump any interest in continuing the proceedings. Even in the absence of an ongoing appearance of injustice, the very severity of the interference with judicial independence could weigh so heavily against any societal interest in continuing the proceedings that the balancing process would not be engaged. This would occur rarely and only in the clearest of cases. Neither of these circumstances is present

à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Il va sans dire que ces intérêts seront proportionnels à la gravité des accusations portées contre l'accusé.

Peut-être faut-il d'abord noter que l'enjeu n'est pas le même pour les appelants en l'espèce que pour l'accusé type dans une cause criminelle classique. L'État tente de priver les appelants de leur citoyenneté, non de leur liberté. La citoyenneté canadienne est indubitablement un «précieux privilège» (voir *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au par. 72). Pour certains, comme ceux qui pourraient devenir apatrides s'ils étaient privés de leur citoyenneté, elle peut être aussi précieuse que la liberté. Cependant, pour la plupart, la liberté est plus précieuse encore. Par conséquent, les intérêts des appelants ne pèsent pas autant dans la balance que si les procédures étaient de nature purement criminelle.

De l'autre côté de la balance, l'intérêt de la société à ce que soit rendu un jugement définitif sur le fond est évident. Il est impératif que la vérité se manifeste. S'il n'est pas prouvé que les appelants ont fait les choses qu'on leur reproche, ils garderont leur citoyenneté. Mais si les actes allégués sont établis, en tout ou en partie, les mesures appropriées devront être prises. Ce qui est en jeu ici, si peu que ce soit, c'est la réputation du Canada en tant que membre solidaire de la communauté internationale. À notre avis, cette préoccupation est de la plus haute importance.

L'atteinte persistante à l'indépendance judiciaire peut être telle que la poursuite du débat judiciaire ne donnera pas l'impression que justice sera faite. Dans ce cas, l'intérêt de la société ne serait pas servi par un jugement tranchant sur le fond mais vicié par une apparence d'injustice. L'intérêt de préserver l'indépendance du juge l'emportera sur l'intérêt de poursuivre le débat judiciaire. Même en l'absence d'une apparence d'injustice persistante, la gravité même de l'atteinte à l'indépendance du juge pourra être si nettement défavorable à l'intérêt de la société de poursuivre le débat judiciaire que la mise en balance ne sera même pas enclenchée. Cela se produira rarement et seulement dans les cas les plus manifestes. Ni l'une ni l'autre de ces

108

109

110

here. We have concluded that continuing the proceedings under the conditions we have outlined will not result in an ongoing appearance of injustice. Moreover, the affronts to judicial independence were serious but not so serious as to warrant a stay without balancing the harm to the image of the justice system against the interest of society in seeing alleged war criminals brought to justice. The crimes involved rank among the most heinous in history, and the civilized world's resolve to apply the appropriate sanctions should not be interfered with lightly. What transpired between Mr. Thompson and the Chief Justice on March 1, 1996 cannot justify such an interference, wrong and improper as it was. If it were established that Mr. Thompson and the Chief Justice had acted in bad faith and not out of a legitimate concern for the expeditious conduct of the appellants' cases, then this might well have constituted one of those rare and clearest of cases. But this was not the case. As matters stand, society's interest in seeing the cases through to their conclusion is of a most pressing nature and outweighs the affront to the appearance of judicial independence.

111 Therefore, the only just decision under the circumstances is that the cases should be allowed to proceed. To paraphrase the remarks of our colleague La Forest J. in *Vermette, supra*, at p. 994, "judicial abdication is not the remedy". It is in the public interest that allegations of the most wicked kinds of criminal activity should be scrutinized by the judiciary. In all the circumstances, the imprudent actions of Mr. Thompson, the Chief Justice, and the Associate Chief Justice should not be permitted to frustrate the judicial process.

(iv) Conclusion

112 A stay of proceedings should not be granted in this case. Rather, the appropriate remedy is to have the cases against the appellants go forward under the supervision of a judge of the Trial Division, one who has, up to this point, had nothing to do

hypothèses ne se présentent en l'espèce. Nous avons conclu que la poursuite du procès dans les conditions que nous avons exposées n'engendrera pas une apparence d'injustice persistante. De plus, les atteintes à l'indépendance judiciaire étaient graves, mais pas au point de justifier la suspension des procédures sans mettre en regard le tort causé à l'image du système de justice et l'intérêt de la société de voir à ce que des criminels de guerre présumés soient amenés devant les tribunaux. Les crimes dont il s'agit sont parmi les plus haineux de l'histoire, et il y a lieu de ne pas contrecarrer à la légère la décision du monde civilisé d'appliquer les sanctions appropriées. Ce qui s'est passé entre M^e Thompson et le juge en chef le 1^{er} mars 1996 ne peut pas justifier une telle ingérence, si répréhensible et déplacée qu'ait été leur conduite. S'il avait été établi que M^e Thompson et le juge en chef ont agi de mauvaise foi plutôt que par souci légitime d'assurer la conduite diligente des dossiers des appelants, il aurait bien pu s'agir de l'un de ces cas rares et des plus manifestes. Mais il n'en a pas été ainsi. Étant donné l'état actuel des choses, l'intérêt de la société à voir à ce que les poursuites soient menées à terme revêt un caractère des plus impérieux et l'emporte sur l'atteinte portée à l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire.

Par conséquent, la seule décision équitable dans les circonstances est d'autoriser l'instruction des procès. Pour paraphraser les remarques de notre collègue le juge La Forest dans l'arrêt *Vermette*, précité, à la p. 994, «l'abdication judiciaire n'est pas le remède». Il est dans l'intérêt du public que les allégations d'activités criminelles les plus iniques soient examinées par les tribunaux. Vu les circonstances, il y a lieu de ne pas permettre que les actes imprudents de M^e Thompson, du juge en chef et du juge en chef adjoint fassent échec au processus judiciaire.

(iv) Conclusion

La suspension des procédures ne devrait pas être accordée en l'espèce. La réparation convenable consiste plutôt à permettre l'instruction des poursuites dirigées contre les appelants par un juge de la Section de première instance non mêlé jusqu'ici

with the affairs that form the subject matter of this appeal. The judge appointed will ignore all directions previously given by the Associate Chief Justice or the Chief Justice in these cases. Isaac C.J. and Jerome A.C.J. should not have anything further to do with these cases.

Before we conclude, there is one final matter that bears mentioning. It is this.

A well-known rule of Parliamentary practice holds that no Member of the House of Commons should comment upon any matter that is pending before the courts. The following account of what is called the “*sub judice* rule” appears in *Beauchesne’s Rules & Forms of the House of Commons of Canada* (6th ed. 1989), at p. 153 (para. 505):

Members are expected to refrain from discussing matters that are before the courts or tribunals which are courts of records. The purpose of this *sub judice* convention is to protect the parties in a case awaiting or undergoing trial and persons who stand to be affected by the outcome of a judicial inquiry. It is a voluntary restraint imposed by the House upon itself in the interest of justice and fair play.

Though the rule is a matter of Parliamentary convention and not of statutory law, “[i]t is desirable that the convention of Parliament as to matters *sub judice* should, so far as possible, be the same as the law administered in the courts”, or, in other words, that parliamentarians should act in a way that does not render more difficult the administration of the law by judges. See *Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 710 (C.A.), at pp. 740-41, *per* Lord Denning M.R.

It seems to us that the decision to make public the report of the Honourable Charles Dubin on communications between Department of Justice officials and the courts while the matter was before the courts raises concerns about the *sub judice* rule. The Honourable Mr. Dubin was under retainer to the Department of Justice. He was responsible to the Minister of Justice. If Parlia-

aux affaires qui font l’objet du présent pourvoi. Le juge désigné ne devra pas tenir compte des directives données antérieurement par le juge en chef adjoint ou le juge en chef dans ces dossiers. Le juge en chef Isaac et le juge en chef adjoint Jerome ne doivent plus intervenir.

Avant de conclure, nous voulons aborder un dernier point qui mérite d’être mentionné. C’est le suivant.

Une règle bien connue de la pratique parlementaire veut qu’aucun député ne fasse de remarques sur les affaires en instance devant les tribunaux. L’exposé suivant de ce qu’on appelle la «règle *sub judice*» figure dans le *Règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada* de Beauchesne (6^e éd. 1991), à la p. 160 (par. 505):

Les députés s’entendent pour ne pas évoquer les affaires dont un tribunal ou une cour d’archives sont saisis. Cette convention a pour but de protéger les parties, tant avant que pendant le procès, et les personnes qui pourraient être touchées par les résultats d’une enquête judiciaire. Il s’agit d’une contrainte à laquelle la Chambre s’assujettit elle-même dans l’intérêt de la justice et de l’équité.

Bien que cette règle fasse l’objet d’une convention parlementaire et non pas d’une loi, [TRADUCTION] «[i]l est souhaitable que la convention du Parlement au sujet des affaires dont les tribunaux sont déjà saisis soit, le plus possible, la même que les règles de droit appliquées devant les tribunaux» ou, autrement dit, que les parlementaires agissent d’une façon à ne pas rendre plus difficile encore l’application du droit par les juges. Voir *Attorney-General c. Times Newspapers Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 710 (C.A.), aux pp. 740 et 741, motifs de lord Denning, maître des rôles.

Il nous semble que la décision de diffuser le rapport de l’ancien juge en chef Dubin sur les communications entre les fonctionnaires du ministère de la Justice et les tribunaux pendant que l’affaire était devant la justice soulève des préoccupations au sujet de la règle *sub judice*. M. Dubin était sous contrat avec le ministère de la Justice. Il relevait du ministre de la Justice. Si la convention parle-

113

114

115

mentary convention did not permit the Minister to speak about the conduct of Mr. Thompson and the Chief Justice, then arguably it did not permit him to retain a third party to speak on his behalf about important aspects of the same subject matter that was before the courts.

116 The release of the report complicated the conduct of the appeal. Once it was released the appellants moved for production of many documents that the Department of Justice had handed over to Mr. Dubin. Their demands involved first the Federal Court of Appeal and later this Court in difficult and time-consuming inquiries into questions of privilege, and ultimately placed this Court in the awkward position of having to consider without the benefit of a trial judge's findings of fact the credibility of certain items of evidence. These difficulties could easily have been avoided had the report not been released until after the conclusion of proceedings in the courts.

117 Nevertheless, the *sub judice* rule was not raised as a ground of appeal. Therefore, it is not for us to say whether the Minister violated the rule. However, we can say that even if the release of the report did constitute a violation of the rule, still that would not be a sufficient reason to grant a stay of proceedings in the circumstances of this case. As La Forest J. wrote in *Vermette*, *supra*, at p. 994, "judicial abdication is not the remedy for an infringement of the *sub judice* rule".

118 Also of concern is the intervention of the Canadian Judicial Council. We understand that one of the Council's committees issued a report in which comments were made about the conduct of Isaac C.J. and Jerome A.C.J. in connection with the appellants' cases. Although the Canadian Judicial Council is not bound by the *sub judice* rule, it might have been preferable in these circumstances for the Council to have refrained from making its report while the matter of the stay of proceedings was still working its way through the courts. There is a further complication arising from the premature release of these reports. It arises because these reasons could be taken as indicating that we take a

mentaire empêchait le ministre de parler de la conduite de M^e Thompson et du juge en chef, on pourra soutenir qu'elle ne lui permettait pas de retenir les services d'un tiers pour parler en son nom d'aspects importants de la même affaire dont les tribunaux étaient saisis.

La publication du rapport a compliqué le déroulement de l'appel. Dès la publication, les appelants ont demandé la production de bon nombre de documents que le ministère de la Justice avait transmis à M. Dubin. Leurs demandes ont amené d'abord la Cour d'appel fédérale et ensuite notre Cour à effectuer des examens difficiles et exigeant beaucoup de temps relativement à des questions de privilège et, en fin de compte, elles ont placé notre Cour dans la situation délicate de devoir examiner, sans le bénéfice des conclusions de fait d'un juge de première instance, la crédibilité de certains éléments de preuve. Ces difficultés auraient pu être évitées facilement si le rapport avait été diffusé après la fin des procédures devant les tribunaux.

Néanmoins, la règle *sub judice* n'a pas été invoquée comme moyen de pourvoi. Par conséquent, nous n'avons pas à décider si le ministre a violé la règle. Cependant, nous pouvons dire que, même si la divulgation du rapport constituait effectivement une violation de la règle, ce ne serait pas une raison suffisante pour accorder la suspension des procédures dans les circonstances de l'espèce. Comme l'a déclaré le juge La Forest dans l'arrêt *Vermette*, précité, à la p. 994, «l'abdication judiciaire n'est pas le remède à la violation de la règle *sub judice*».

L'intervention du Conseil canadien de la magistrature est également un sujet de préoccupation. Il semble que l'un des comités du Conseil ait présenté un rapport dans lequel des remarques ont été formulées au sujet de la conduite du juge en chef Isaac et du juge en chef adjoint Jerome relativement aux dossiers des appelants. Bien que le Conseil canadien de la magistrature ne soit pas assujéti à la règle *sub judice*, il aurait été préférable dans ces circonstances que le Conseil s'abstienne de présenter son rapport pendant que la question de la suspension des procédures était encore devant les tribunaux. Une autre complication résulte de la divulgation prématurée de ces rapports. Elle tient

more serious view of these events than did either the Honourable Mr. Dubin or the Judicial Council although the Council did not have the benefit of all the material that was before this Court.

V. Disposition

We would dismiss the appeal. The stay of proceedings is set aside and the cases against the appellants are directed to proceed before a judge of the Trial Division. In accordance with s. 6(3) of the *Federal Court Act*, which provides for the precedence of judges in the event that the Chief Justice and Associate Chief Justice are unable to act, the senior judge who is able to act should choose a presiding judge from among those judges of the Trial Division who have heretofore had nothing to do with the conduct of these cases. The judge thus chosen will ignore any undertakings that Isaac C.J. or Jerome A.C.J. made to Mr. Thompson. Neither Isaac C.J. nor Jerome A.C.J. will have anything further to do with these cases.

Under all the circumstances, we would award costs to the appellants here and in the courts below.

Appeal dismissed with costs to the appellants.

Solicitor for the appellant Tobias: Gesta J. Abols, Toronto.

Solicitors for the appellant Dueck: Bayne Sellar Boxall, Ottawa.

Solicitors for the appellant Oberlander: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Toronto.

Solicitor for the intervener: Ed Morgan, Toronto.

au fait que les présents motifs pourraient donner à penser que nous considérons plus sérieusement ces événements que M. Dubin ou le Conseil de la magistrature bien que le Conseil n'ait pas eu l'avantage de prendre connaissance de tous les documents dont disposait notre Cour.

V. Dispositif

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. La suspension des procédures est annulée et il est ordonné que les poursuites dirigées contre les appelants soient instruites par un juge de la Section de première instance. Conformément au par. 6(3) de la *Loi sur la Cour fédérale* qui prévoit l'ordre de préséance des juges en cas d'empêchement du juge en chef et du juge en chef adjoint, le juge le plus ancien en poste en mesure d'exercer ces fonctions devrait désigner le juge chargé de l'instruction parmi les juges de la Section de première instance qui n'ont pas été mêlés à la conduite de ces affaires. Le juge ainsi désigné ne doit pas tenir compte des engagements que le juge en chef Isaac ou le juge en chef adjoint Jerome ont pris envers M^e Thompson. Le juge en chef Isaac et le juge en chef adjoint Jerome ne doivent plus intervenir dans ces dossiers.

Compte tenu de toutes les circonstances, les appelants ont droit à leurs dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur des appelants.

Procureur de l'appelant Tobias: Gesta J. Abols, Toronto.

Procureurs de l'appelant Dueck: Bayne Sellar Boxall, Ottawa.

Procureurs de l'appelant Oberlander: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intimé: George Thomson, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Ed Morgan, Toronto.

The Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi and Bayer Inc. and Baxter Corporation *Appellants*

v.

The Honourable Horace Krever, Commissioner of the Inquiry on the Blood System in Canada *Respondent*

and

The Canadian Hemophilia Society, the Canadian Aids Society, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR, the HIV-T Group (Blood Transfused), the Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, the Hepatitis C Survivors' Society, the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs and Janet Conners (Infected Spouses & Children) Association *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM)

File No.: 25810.

1997: June 25; 1997: September 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Public inquiry — Jurisdiction — Notices of possible findings of misconduct — Whether Commission had jurisdiction to

La Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi et Bayer Inc. et Baxter Corporation *Appelants*

c.

L'honorable Horace Krever, ès qualités de Commissaire de l'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada *Intimé*

et

La Société canadienne de l'hémophilie, la Société canadienne du SIDA, Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR, HIV-T Group (Blood Transfused), Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society, la Société des survivant(e)s d'hépatite C, Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs et Janet Conners (Infected Spouses & Children) Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME D'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA)

N° du greffe: 25810.

1997: 25 juin; 1997: 26 septembre.

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 administratif — Contrôle judiciaire — Enquête publique — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Le commissaire

make findings of misconduct — Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

Public inquiries — Jurisdiction — Notices of potential findings of misconduct — Whether notices unfair.

The Commission of Inquiry appointed to examine the blood system after thousands contracted HIV and Hepatitis C from blood and blood products held exhaustive hearings governed by rules of procedure agreed to by all parties. Twenty-five interested parties were granted standing. The Baxter Corporation did not seek standing but subsequently participated in the proceedings by supplying relevant documents and providing witnesses. The Commission, on the final day of scheduled hearings, sent out confidential notices that the Commission might reach certain conclusions based on the evidence before it, that these conclusions might amount to misconduct with the meaning of s. 13 of the *Inquiries Act* (setting out jurisdiction to make findings of misconduct), and that the recipients had the right to respond as to whether the Commissioner ought to reach these conclusions. A number of the recipients of notices brought applications for judicial review in the Federal Court, Trial Division. That court declared that no findings of misconduct could be made against 47 of the applicants for judicial review, but otherwise dismissed the applications. Many recipients whose notices were not quashed appealed. The Federal Court of Appeal quashed one notice but dismissed the remaining appeals. At issue here are: (1) whether the Commissioner exceeded his jurisdiction by the nature and extent of the allegations of misconduct set out in the notices; (2) if the Commissioner originally had such jurisdiction, did he lose it by failing to provide adequate procedural protections or by the timing of the release of the notices; (3) whether Commission counsel should be prohibited from taking part in the drafting of the final report because of their receipt of confidential information not disclosed to the Commissioner or the other parties; and, (4) whether the appellant Baxter Corporation should be treated differently from the other appellants.

Held: The appeal should be dismissed.

avait-il compétence pour conclure à l'existence d'une faute? — Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

Enquêtes publiques — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Les préavis étaient-ils équitables?

La commission d'enquête chargée d'examiner le système d'approvisionnement en sang après que des milliers de citoyens eurent été infectés par le VIH et par le virus de l'hépatite C véhiculés par le sang et les produits sanguins a tenu des audiences exhaustives régies par des règles de procédure acceptées par toutes les parties. Vingt-cinq parties intéressées ont obtenu la reconnaissance de leur qualité pour agir. Baxter Corporation a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir, mais elle a par la suite participé aux procédures en produisant des documents pertinents et des témoins. Le dernier jour des audiences prévues, la commission a expédié des préavis confidentiels portant que la commission pourrait tirer certaines conclusions fondées sur les éléments de preuve produits devant elle, que ces conclusions pourraient être assimilables à l'imputation d'une faute au sens de l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes* (conférant le pouvoir d'imputer une faute), et que les destinataires avaient le droit de se faire entendre sur le point de savoir si le commissaire devait ou non tirer ces conclusions. Un certain nombre des destinataires ont présenté des demandes de contrôle judiciaire devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Cette cour a déclaré qu'aucune conclusion faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'endroit de 47 des requérants, mais elle a par ailleurs rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Bon nombre des destinataires dont les préavis n'avaient pas été annulés ont interjeté appel. La Cour d'appel fédérale a annulé un préavis, mais a rejeté les autres appels. Les questions suivantes sont soulevées par le pourvoi: (1) Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis? (2) Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis? (3) Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseignements confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties? (4) L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Several basic principles are applicable to inquiries. A commission of inquiry is not a court or tribunal and has no authority to determine legal liability; it does not necessarily follow the same laws of evidence or procedure that a court or tribunal would observe. A commissioner accordingly should endeavour to avoid setting out conclusions that are couched in the specific language of criminal culpability or civil liability for the public perception may be that specific findings of criminal or civil liability have been made. A commissioner has the power to make all relevant findings of fact necessary to explain or support the recommendations, even if these findings reflect adversely upon individuals. Further, a commissioner may make findings of misconduct based on the factual findings, provided that they are necessary to fulfill the purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference. In addition, a commissioner may make a finding that there has been a failure to comply with a certain standard of conduct, so long as it is clear that the standard is not a legally binding one such that the finding amounts to a conclusion of law pertaining to criminal or civil liability. Finally, a commissioner must ensure that there is procedural fairness in the conduct of the inquiry.

Notices warning of potential findings of misconduct, if issued in confidence to the recipient, should not be subject to as strict scrutiny as the formal findings because their purpose is to allow parties to prepare for or respond to any possible findings of misconduct. The more detail included in the notice, the greater the assistance to the party. The only possible harm would be to a party's reputation and this could not be an issue if the notices are released only to the party against whom the finding may be made. Even if the content of the notice appears to amount to a finding that would exceed the jurisdiction of the commissioner, it must be assumed that commissioners will not exceed their jurisdiction. The final report may demonstrate the assumption to be erroneous.

The Commissioner here stated that he would not be making findings of civil or criminal responsibility and, in the interests of fairness to the parties and witnesses, must be bound by these statements. It was not neces-

Plusieurs principes de base sont applicables aux enquêtes. La commission d'enquête ne constitue pas une cour de justice ni un tribunal, et n'est aucunement habilitée à déterminer la responsabilité légale; elle ne suit pas nécessairement les mêmes règles de preuve ou de procédure qu'une cour de justice ou un tribunal. Le commissaire devrait par conséquent s'efforcer de ne pas exprimer ses conclusions selon le libellé précis de la culpabilité criminelle ou de la responsabilité civile car ses conclusions risquent d'être perçues par le public comme des déclarations précises de responsabilité criminelle ou civile. Le commissaire a le pouvoir de tirer toutes les conclusions de fait pertinentes qui sont nécessaires pour expliquer ou appuyer les recommandations, même si ces conclusions peuvent nuire à la réputation de certaines personnes. De plus, le commissaire peut conclure à l'existence d'une faute sur la foi des conclusions de fait, pourvu qu'elles soient nécessaires à la réalisation de l'objet de l'enquête tel qu'il est décrit dans le mandat. Le commissaire peut en outre conclure qu'il y a eu manquement à une norme de conduite, pourvu qu'il ressorte clairement qu'il ne s'agit pas d'une norme légalement contraignante telle que la conclusion soit assimilable à une conclusion de droit au sujet de la responsabilité criminelle ou civile. Enfin, le commissaire doit assurer le respect de l'équité procédurale dans le déroulement de l'enquête.

Tant qu'ils lui sont remis sous le sceau de la confidentialité, les préavis informant la partie visée des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à son égard ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales car les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute qui pourraient éventuellement être tirées contre elles. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. Le seul tort qui pourrait être causé se limite à la réputation d'une partie, mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, il faut supposer que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs. Le rapport final peut démontrer que cette supposition était erronée.

Le commissaire a déclaré qu'il ne tirerait pas de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale et, dans l'intérêt de l'équité à l'endroit des parties et des témoins, il doit être lié par ces déclarations. Par consé-

sary, therefore, to deal with the ultimate scope of the findings that a commissioner might make in a report.

The Commissioner did not exceed his jurisdiction in the notices delivered to the appellants. The inquiry's mandate was extremely broad and the potential findings of misconduct covered areas that were within the Commissioner's mandate to investigate. The appellants' challenge was launched prematurely. As a general rule, such a challenge should not be brought before the publication of the report unless there are reasonable grounds to believe that the Commissioner is likely to exceed his or her jurisdiction. Further consideration of this issue might have been warranted if the Commissioner's report had made findings worded in the same manner as the notices. Even if the challenges were not premature, the notices would not be objectionable. While many of the notices come close to alleging all the necessary elements of civil liability, none appeared to exceed the Commissioner's jurisdiction. The use of the words "failure" and "responsible" in the notices does not mean, absent something more indicating legal responsibility, that the person breached a criminal or civil standard of conduct. The use of these words was not objectionable.

The procedural protections offered to parties to the Inquiry and to individual witnesses were extensive and eminently fair. The appellants could not have been misled or suffered prejudice as a result of any "misunderstanding" about the type of findings which would be made by the Commissioner.

Although the notices of potential findings of misconduct should be given as soon as it is feasible, it is unreasonable to insist that the notice of misconduct must always be given early. So long as adequate time is given to the recipients of the notices to allow them to call the evidence and make the submissions they deem necessary, the late delivery of notices will not constitute unfair procedure. The timing of notices will always depend upon the circumstances. Here, it was within the discretion of the Commissioner to issue notices when he did because, given the enormous amount of information gathered and the nature and purposes of this Inquiry, it was impossible to give adequate detail in the notices before all the evidence had been heard. The appellants were given an adequate opportunity to respond to the

quent, il n'était pas nécessaire d'examiner la question de l'étendue maximale des conclusions qu'un commissaire peut tirer dans un rapport.

Le commissaire n'a pas outrepassé sa compétence dans les préavis délivrés aux appelants. Le mandat de la commission était extrêmement vaste et les conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées couvraient des domaines qui relevaient du pouvoir d'enquête du commissaire. Les appelants ont engagé leur contestation prématurément. En règle générale, une contestation comme celle-ci ne devrait pas être engagée avant la publication du rapport, à moins que les parties n'aient des motifs raisonnables de croire que le commissaire outrepassera probablement sa compétence. Un examen plus approfondi aurait pu être justifié si le rapport du commissaire avait comporté des conclusions formulées de la même façon que les préavis. Même si la contestation n'était pas prématurée, les préavis ne seraient pas attaques. Bien que bon nombre des préavis ne soient pas loin d'alléguer tous les éléments nécessaires de la responsabilité civile, aucun ne paraît excéder la compétence du commissaire. L'emploi des termes «déficiences» et «responsable» dans les préavis ne signifie pas, en l'absence d'un élément supplémentaire indiquant la responsabilité légale, que cette personne a manqué à une norme de conduite au criminel ou au civil. L'emploi de ces termes n'était pas attaquant.

Les garanties procédurales offertes aux parties à l'enquête et aux particuliers appelés à témoigner étaient étendues et éminemment justes. Les appelants n'ont pu être induits en erreur ni subir quelque préjudice par suite d'un «malentendu» au sujet du type de conclusions que le commissaire pouvait tirer.

Même si les préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute devraient être donnés dès que possible, il est déraisonnable d'insister pour que ces préavis soient toujours donnés hâtivement. Tant que les personnes visées par ces préavis disposent de suffisamment de temps pour pouvoir appeler des témoins et présenter les observations qu'elles estiment nécessaires, la signification tardive des préavis ne constitue pas une procédure inéquitable. La date de signification des préavis dépend toujours des circonstances. Dans la présente espèce, le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de délivrer les préavis au moment où il l'a fait parce que, compte tenu de la masse énorme de renseignements recueillis et de la nature et des objets de la présente enquête, il était impossible de donner des détails adéquats dans les préavis avant que toute la preuve n'ait été entendue. Les appelants disposaient d'une possibilité adéquate de répondre aux préavis et de produire les élé-

notices, and to adduce additional evidence, if they deemed it necessary.

It was premature to forbid Commission counsel from taking part in the drafting of the report. The Commissioner did not indicate that he intended to rely upon his counsel to draft the final report. In addition, it is not clear from the record what was contained in the confidential submissions reviewed by counsel.

Baxter Corporation should not be treated any differently than the other appellants. Although it must have realized that its conduct would be under scrutiny in the proceedings it took a calculated risk and elected not to seek standing before the Commission. It should not now be allowed to escape the consequences of that decision.

Cases Cited

Distinguished: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366; **considered:** *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527; *Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 13.
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Third Session of the Thirty-fourth Parliament, 1991-92-93. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Sub-Committee on Health Issues. Report of the Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. *Tragedy and Challenge: Canada's Blood*

ments de preuve supplémentaires qu'ils pouvaient juger nécessaires.

Il était prématuré d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport. Le commissaire n'a pas indiqué qu'il entendait faire appel à ses avocats pour la rédaction du rapport final. De plus, le dossier ne révèle pas clairement la teneur des observations confidentielles examinées par les avocats.

Baxter Corporation ne devrait pas être traitée différemment des autres appelants. Même si Baxter aurait dû savoir que sa conduite serait examinée au cours de l'enquête, elle a pris un risque calculé et a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir devant la commission. Elle ne devrait pas pouvoir maintenant se soustraire aux conséquences de cette décision.

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts: *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366; **arrêts examinés:** *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527; *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 13.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

Doctrines citées

Canada. Chambre des communes. Troisième session de la trente-quatrième législature, 1991-1992-1993. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Sous-comité sur les questions de santé. Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et

System and HIV. (Wilbee Report, May 1993.) Ottawa: 1993.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "misconduct".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No 17 (QL), dismissing an appeal from a judgment of the Richard J., [1996] 3 F.C. 259, 115 F.T.R. 81, 136 D.L.R. (4th) 449, 37 Admin. L.R. (2d) 260, [1996] F.C.J. No. 864. Appeal dismissed.

Earl A. Cherniak, Q.C., Kirk F. Stevens, Maureen B. Currie and Christopher I. Morrison, for the appellants the Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst and Dr. Andrew Kaegi.

Randal T. Hughes, Christopher D. Woodbury and Tracey N. Patel, for the appellant Bayer Inc.

Philip Spencer, Q.C., and Tim Farrell, for the appellant Baxter Corporation.

P. S. A. Lamek, Q.C., Angus T. McKinnon and Michele J. Lawford, for the respondent.

Bonnie A. Tough and Kathryn Podrebarac, for the intervener the Canadian Hemophilia Society.

R. Douglas Elliott and Patricia A. LeFebour, for the intervener the Canadian Aids Society.

William A. Selnes, for the intervener Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR.

Allan D. J. Dick, for the intervener the HIV-T Group (Blood Transfused).

David Harvey, for the intervener the Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

de la condition féminine. *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH.* (Rapport Wilbee, mai 1993.) Ottawa: 1993.

Concise Oxford Dictionary of Current English, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "misconduct".

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL), qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Richard, [1996] 3 C.F. 259, 115 F.T.R. 81, 136 D.L.R. (4th) 449, 37 Admin. L.R. (2d) 260, [1996] A.C.F. n° 864. Pourvoi rejeté.

Earl A. Cherniak, c.r., Kirk F. Stevens, Maureen B. Currie et Christopher I. Morrison, pour les appelants la Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi.

Randal T. Hughes, Christopher D. Woodbury et Tracey N. Patel, pour l'appelante Bayer Inc.

Philip Spencer, c.r., et Tim Farrell, pour l'appelante Baxter Corporation.

P. S. A. Lamek, c.r., Angus T. McKinnon et Michele J. Lawford, pour l'intimé.

Bonnie A. Tough et Kathryn Podrebarac, pour l'intervenante la Société canadienne de l'hémophilie.

R. Douglas Elliott et Patricia A. LeFebour, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

William A. Selnes, pour l'intervenante Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR.

Allan D. J. Dick, pour l'intervenante HIV-T Group (Blood Transfused).

David Harvey, pour l'intervenante Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society.

Philip S. Tinkler, for the intervener the Hepatitis C Survivors' Society.

Pierre R. Lavigne, for the intervener the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs.

Dawna J. Ring, for the intervener Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association.

The judgment of the Court was delivered by

¹ CORY J. — What limits, if any, should be imposed upon the findings of a commission of inquiry? Can a commission make findings which may indicate that there was conduct on the part of corporations or individuals which could amount to criminal culpability or civil liability? Should different limitations apply to notices warning of potential findings of misconduct? It is questions like these which must be considered on this appeal.

Factual Background

² More than 1,000 Canadians became directly infected with Human Immunodeficiency Virus (HIV) from blood and blood products in the early 1980s. Approximately 12,000 Canadians became infected with Hepatitis C from blood and blood products during the same time period. This tragedy prompted the federal, provincial and territorial ministers of health to agree in September of 1993 to convene an inquiry which would examine the blood system.

³ On October 4, 1993, pursuant to Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 (the Act), the Government of Canada appointed Krever J.A. of the Ontario Court of Appeal (the Commissioner) to review and report on the blood system in Canada. Specifically, the Order in Council directed the Commission to:

... review and report on the mandate, organization, management, operations, financing and regulation of all

Philip S. Tinkler, pour l'intervenante la Société des survivant(e)s d'hépatite C.

Pierre R. Lavigne, pour l'intervenante Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs.

Dawna J. Ring, pour l'intervenante Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Quelles limites, s'il y a lieu, convient-il d'imposer aux conclusions d'une commission d'enquête? Une commission peut-elle tirer, quant à la conduite de sociétés ou de particuliers, des conclusions assimilables à des déclarations de responsabilité civile ou pénale? Y a-t-il lieu d'imposer des limites différentes aux préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute? Voilà le genre de questions qui doivent être examinées dans le présent pourvoi.

Contexte factuel

Plus de 1 000 Canadiens ont été directement infectés par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) véhiculé par le sang et les produits sanguins au début des années 1980. Environ 12 000 Canadiens ont été infectés par le virus de l'hépatite C véhiculé par le sang et les produits sanguins au cours de la même période. Cette tragédie a poussé les ministres fédéral, provinciaux et territoriaux à s'entendre en septembre 1993 sur la création d'une commission d'enquête chargée d'examiner le système d'approvisionnement en sang.

Le 4 octobre 1993, en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11 (la Loi), le gouvernement du Canada a chargé le juge Krever, de la Cour d'appel de l'Ontario (le commissaire), de faire enquête et rapport sur le système d'approvisionnement en sang au Canada. Le décret ordonnait expressément à la commission de:

... faire enquête et rapport sur le mandat, l'organisation, la gestion, les opérations, le financement et la

activities of the blood system in Canada, including the events surrounding the contamination of the blood system in Canada in the early 1980s, by examining, without limiting the generality of the inquiry,

- the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada;
- the roles, views, and ideas of relevant interest groups; and
- the structures and experiences of other countries, especially those with comparable federal systems.

On November 3, 1993, an announcement of the Commissioner's appointment and a description of his mandate was published in newspapers across Canada. Subsequently, all those with an interest were provided with an opportunity to apply for standing before the Inquiry and for funding. Twenty-five interested parties were granted standing, including the appellants, The Canadian Red Cross Society and Bayer Inc., the federal government and each of the provincial governments except for Quebec. The appellant Baxter Corporation chose not to seek standing, but subsequently participated in the proceedings by supplying relevant documents and providing witnesses.

The Order in Council authorized the Commissioner to "adopt such procedures and methods as he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry". In consultation with the parties, the Commissioner adopted rules of procedure and practice. The rules, which were agreed to by all parties, provided that in the ordinary course, Commission counsel would question witnesses first, although other counsel could apply to be the first to question any particular witness. The rules included these procedural protections:

all parties with standing and all witnesses appearing before the Inquiry had the right to

réglementation de toutes les activités du système canadien d'approvisionnement en sang, y compris les événements entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980, en examinant, sans limiter la portée générale de l'enquête,

- l'organisation et l'efficacité des systèmes actuels et antérieurs d'approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada;
- les rôles, opinions et idées des groupes d'intérêts concernés; et
- les structures et expériences d'autres pays, particulièrement ceux qui ont des systèmes fédéraux comparables.

Le 3 novembre 1993, un avis annonçant la nomination du commissaire et décrivant son mandat a été publié dans les journaux à l'échelle du Canada. Par la suite, tous ceux qui avaient un intérêt ont eu l'occasion de demander la reconnaissance de leur qualité pour agir devant la commission ainsi que de l'aide financière. Vingt-cinq parties intéressées, dont les appelantes, la Société canadienne de la Croix-Rouge et Bayer Inc., le gouvernement fédéral et chacun des gouvernements provinciaux, à l'exception du Québec, ont obtenu la reconnaissance de leur qualité pour agir. L'appelante Baxter Corporation a choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir, mais elle a par la suite participé aux procédures en produisant des documents pertinents et des témoins.

Le décret habilitait le commissaire à «adopter les méthodes et procédures qui lui apparaîtront les plus indiquées pour la conduite de l'enquête». Après avoir consulté les parties, le commissaire a adopté des règles de procédure et de pratique. Ces règles, qui furent acceptées par toutes les parties, prévoyaient que, en règle générale, ce serait les avocats de la commission qui interrogeraient d'abord les témoins, mais que d'autres avocats pourraient demander d'être les premiers à interroger un témoin particulier. Les règles comprenaient les garanties procédurales suivantes:

toutes les parties ayant qualité pour agir et tous les témoins assignés devant la commission d'en-

counsel, both at the Inquiry and during their pre-testimony interviews;

each party had the right to have its counsel cross-examine any witness who testified and counsel for a witness who did not have standing was afforded the right to examine that witness;

all parties had the right to apply to the Commissioner to have any witness called whom Commission counsel had elected not to call;

all parties had the right to receive copies of all documents entered into evidence and the right to introduce their own documentary evidence;

all hearings would be held in public unless application was made to preserve the confidentiality of information; and

although evidence could be received by the Commissioner that might not be admissible in a court of law, the Commissioner would be mindful of the dangers of such evidence and, in particular, its possible effect on reputation.

5 The Commission held public hearings throughout Canada between November 1993 and December 1995. In describing his mandate and intention, the Commissioner emphasized that the Inquiry "is not and it will not be a witch hunt. It is not concerned with criminal or civil liability". He said the reason the Inquiry was called was not to advance the interests of those involved with or contemplating litigation of any kind, and that he would not permit the hearings to be used for ulterior purposes. At the same time, he made it clear that he interpreted his mandate as including a fact-finding process focusing upon the events of the early 1980s and that he intended to "get to the bottom" of those events. "For those purposes it is essential to determine what caused or contributed to the contamination of the blood system in Canada in the early 1980's", he warned.

6 On October 26, 1995, Commission counsel delivered a memorandum to all parties inviting

quête avaient le droit d'être représentés par un avocat, à l'enquête comme à l'entrevue préalable;

chaque partie avait le droit de faire contre-interroger par son avocat tout témoin ayant déposé, et l'avocat d'un témoin qui n'avait pas qualité pour agir avait le droit d'interroger ce témoin;

toutes les parties avaient le droit de demander au commissaire d'assigner des témoins que l'avocat de la commission n'avait pas jugé bon d'appeler;

toutes les parties avaient le droit de recevoir des copies de tous les documents déposés en preuve et le droit de déposer leurs propres éléments de preuve documentaire;

toutes les audiences devaient se dérouler en public, sauf en cas de demande visant à préserver le caractère confidentiel des renseignements;

même s'il pouvait recevoir des éléments de preuve susceptibles d'être jugés irrecevables devant une cour de justice, le commissaire devait tenir compte des risques d'une telle preuve et, en particulier, de son effet sur la réputation d'une personne.

La commission a tenu des audiences publiques partout au Canada entre novembre 1993 et décembre 1995. Décrivant son mandat et ses intentions, le commissaire a souligné qu' [TRADUCTION] «il ne s'agit pas d'une chasse aux sorcières. La présente enquête ne porte pas sur la responsabilité civile ou criminelle». Il a dit que l'enquête n'avait pas pour objet de défendre les intérêts de qui que ce soit dans quelque poursuite en cours ou à venir et qu'il ne permettrait pas que les audiences servent à d'autres fins. Il a en outre clairement indiqué qu'il interprétait son mandat comme incluant un processus d'établissement des faits relatifs aux événements du début des années 1980 et qu'il entendait [TRADUCTION] «aller jusqu'au fond» des choses. [TRADUCTION] «À cette fin, a-t-il déclaré, il est essentiel de déterminer ce qui a causé ou contribué à causer la contamination de réserves de sang au Canada au début des années 1980.»

Le 26 octobre 1995, les avocats de la commission ont remis à toutes les parties une note les invi-

them to inform the Commission of the findings of misconduct they felt should be made by the Commission. The memorandum explained that under s. 13 of the Act, the Commissioner is required to give notice to any person against whom he intends to make findings of misconduct. The parties' submissions would help ensure that the notices gave warning of all the possible findings of misconduct which might be made by the Commission. These confidential submissions would be read only by Commission counsel, and would be considered for inclusion in notices issued by the Commissioner. Only those possible findings which were supported by evidence adduced in the public hearings and which were anticipated to be within the scope of the Commissioner's final report were included in the notices.

On December 21, 1995, the final day of scheduled hearings, 45 confidential notices naming 95 individuals, corporations and governments, each containing between one and 100 allegations, were delivered pursuant to s. 13 of the Act. The notices advised that the Commission might reach certain conclusions based on the evidence before it, that these conclusions may amount to misconduct within the meaning of s. 13, and that the recipients had the right to respond as to whether the Commissioner ought to reach these conclusions. The recipients were given until January 10, 1996 to announce whether and how they would respond to the notices in their final submissions.

A number of the recipients of notices brought applications for judicial review in the Federal Court. On June 27, 1996, Richard J. ([1996] 3 F.C. 259) declared that no findings of misconduct could be made against 47 of the applicants for judicial review, but otherwise dismissed the applications. Many recipients whose notices were not quashed appealed. The Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No. 17 (QL), quashed the notice against Dr. Craig Anhorn, but dismissed the remaining appeals.

tant à transmettre à la commission les allégations de faute qu'elles jugeaient devoir figurer dans les conclusions de la commission. La note expliquait qu'aux termes de l'art. 13 de la Loi, le commissaire était tenu de prévenir toute personne à laquelle il prévoyait imputer une faute. Les observations devaient faire en sorte que les préavis renferment toutes les conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer. Ces observations confidentielles ne devaient être lues que par les avocats de la commission et elles pouvaient être incluses dans les préavis que donnerait le commissaire. Seules les conclusions fondées sur des éléments de preuve produits au cours des audiences publiques et devant s'inscrire dans le cadre du rapport final du commissaire ont été incluses dans les préavis.

Le 21 décembre 1995, dernier jour des audiences prévues, 45 préavis confidentiels désignant nommément 95 particuliers, personnes morales et gouvernements et comportant chacun de une à 100 allégations furent transmis conformément à l'art. 13 de la Loi. Les préavis informaient les intéressés que la commission pourrait tirer certaines conclusions fondées sur les éléments de preuve produits devant elle, que ces conclusions pourraient être assimilables à l'imputation d'une faute au sens de l'art. 13 et que les intéressés avaient le droit de se faire entendre sur le point de savoir si le commissaire devait ou non tirer ces conclusions. Les destinataires avaient jusqu'au 10 janvier 1996 pour faire savoir si et comment ils entendaient répondre aux préavis dans leurs observations finales.

Un certain nombre des destinataires ont présenté des demandes de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Le 27 juin 1996, le juge Richard ([1996] 3 C.F. 259) a déclaré qu'aucune conclusion faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'endroit de 47 des requérants, mais il a par ailleurs rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Bon nombre des destinataires dont les préavis n'avaient pas été annulés ont interjeté appel. La Cour d'appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL), a annulé le préavis visant le Dr Craig Anhorn, mais a rejeté les autres appels.

Relevant Statutory Provisions

⁹ *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11

2. The Governor in Council may, whenever the Governor in Council deems it expedient, cause inquiry to be made into and concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business thereof.

. . .

12. The commissioners may allow any person whose conduct is being investigated under this Act, and shall allow any person against whom any charge is made in the course of an investigation, to be represented by counsel.

13. No report shall be made against any person until reasonable notice has been given to the person of the charge of misconduct alleged against him and the person has been allowed full opportunity to be heard in person or by counsel.

Decisions Below

Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 259

¹⁰ The appellants made four principal arguments before Richard J. of the Federal Court, Trial Division. They argued that the notices contained conclusions of law in relation to their civil or criminal liability and that the Commissioner did not have the power to make such conclusions. Alternatively, if the Commissioner did have the power to make the conclusions set out in the notices, they submitted that he was precluded from exercising it because he had given assurances that he would not do so, and without these assurances the parties would never have agreed to the procedure for the conduct of the inquiry. Third, they said that delivering the notices at the very end of the proceedings violated the rules of procedural fairness. Finally, the Red Cross contended that Commission counsel should not participate in the preparation of the final report because they had assisted in preparing the notices and had thereby taken a position against the appellants, and because they had seen confidential submissions that were not brought to

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11

2. Le gouverneur en conseil peut, s'il l'estime utile, faire procéder à une enquête sur toute question touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques.

. . .

12. Les commissaires peuvent autoriser la personne dont la conduite fait l'objet d'une enquête dans le cadre de la présente loi à se faire représenter par un avocat. Si, au cours de l'enquête, une accusation est portée contre cette personne, le recours à un avocat devient un droit pour celle-ci.

13. La rédaction d'un rapport défavorable ne saurait intervenir sans qu'auparavant la personne incriminée ait été informée par un préavis suffisant de la faute qui lui est imputée et qu'elle ait eu la possibilité de se faire entendre en personne ou par le ministère d'un avocat.

Les juridictions inférieures

La Section de première instance de la Cour fédérale, [1996] 3 C.F. 259

Les appelants ont présenté quatre arguments principaux devant le juge Richard de la Cour fédérale (Section de première instance). Ils ont fait valoir que les préavis comportaient des conclusions de droit concernant leur responsabilité civile ou criminelle et que le commissaire n'était pas habilité à tirer de telles conclusions. Ils ont prétendu subsidiairement que, s'il s'avérait que le commissaire était habilité à tirer les conclusions exposées dans les préavis, c'était un pouvoir qu'il ne pouvait exercer parce qu'il avait assuré les parties qu'il s'en abstenait et que, sans ces assurances, celles-ci n'auraient jamais donné leur aval à la procédure devant régir l'enquête. Ils ont soutenu en troisième lieu que la délivrance des préavis à la toute fin des procédures violait les règles de l'équité procédurale. La Croix-Rouge a enfin prétendu que les avocats de la commission ne devraient pas participer à la rédaction du rapport final parce qu'ils avaient pris part à la rédaction des préavis et ainsi pris position à l'encontre des

the attention of all the parties and persons concerned.

Richard J. noted that s. 13 of the Act clearly contemplates that an inquiry's investigation may lead to a finding of misconduct against a person. This, he stated, covers any conduct, regardless of whether or not it exposes that person to civil or criminal liability. In his view, the finding of facts, and in particular facts that reveal what went wrong or why a disaster occurred, can be an essential precondition to the making of useful, reliable recommendations as to how to avoid a repetition of the events under review. He noted that the Supreme Court of Canada has upheld many inquiries where the focus of the investigation was to uncover facts related to misconduct, including inquiries focused specifically on whether there was misconduct on the part of particular individuals. In none of these cases, he continued, did the Court question the jurisdiction of the inquiry to make findings of fact showing misconduct.

Richard J. found that the Inquiry had both an investigatory and an advisory role. In order to fulfil this role, the Commissioner had a wide discretion to determine the Inquiry's agenda and the procedures under which it would operate. He rejected the appellants' argument that they had a legitimate expectation, based on assurances given by the Commissioner during the hearings, that he would not make factual findings that could be interpreted as amounting to findings of legal liability. He held that the legitimate expectation doctrine was limited to procedural rights. In his view, it could not be used to alter the substantive jurisdiction of the Commission.

Richard J. found that the appellants had failed to show that they would be prejudiced by future criminal or civil trials. They were protected, in his view, by the limits on the use of their testimony in criminal proceedings provided by ss. 7 and 13 of

appelants, et parce qu'ils avaient pris connaissance d'observations confidentielles n'ayant pas été portées à l'attention de toutes les parties et personnes concernées.

Le juge Richard a noté que l'art. 13 de la Loi prévoit clairement qu'une enquête peut mener à l'imputation d'une faute. Il a précisé que toute conduite, peu importe qu'elle puisse ou non entraîner la responsabilité civile ou pénale, peut être visée. Selon lui, la conclusion de fait, en particulier celle qui se rapporte aux faits qui révèlent les défaillances ou expliquent les raisons d'un désastre, peut constituer une condition préalable essentielle à la formulation de recommandations utiles et fiables quant aux moyens d'éviter la répétition des événements en cause. Il a noté que la Cour suprême du Canada avait reconnu la validité de bon nombre d'enquêtes axées sur la recherche des faits touchant des actes répréhensibles, y compris sur la question expresse de savoir si des actes répréhensibles pouvaient être reprochés à des personnes en particulier. Dans aucune de ces causes, a-t-il poursuivi, la Cour n'a mis en doute la compétence de la commission d'enquête de tirer des conclusions de fait établissant une faute.

Le juge Richard a estimé que la commission joue à la fois un rôle consultatif et un rôle d'enquête. Afin de remplir ce double rôle, le commissaire a un pouvoir discrétionnaire étendu en ce qui concerne la détermination de l'ordre du jour de l'enquête et de sa procédure. Le juge Richard a rejeté l'argument de l'expectative légitime qu'auraient eue les appelants en se fondant sur les assurances données au cours des audiences par le commissaire, savoir qu'il ne tirerait pas de conclusion de fait susceptible d'être assimilée à une déclaration de responsabilité légale. Il a conclu que la théorie de l'expectative légitime se limitait aux droits procéduraux. À son avis, elle ne pouvait être invoquée pour modifier la compétence de la commission sur le fond.

Le juge Richard a conclu que les appelants n'avaient pas réussi à établir qu'ils subiraient un préjudice au cours d'un procès pénal ou civil ultérieur. Selon lui, ils étaient protégés par les limites imposées à l'utilisation de leur déposition dans des

11

12

13

the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. He further noted that he had not been referred to any legal authority for the proposition that the findings of the Commissioner, much less the contents of the notices, would be admissible in evidence in subsequent civil proceedings. In any case, he said, the trial judge will be better placed to determine whether the evidence in the report should be admitted into evidence and if so, what weight should be accorded to it.

poursuites pénales par les art. 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Il a en outre noté qu'on ne lui avait cité aucune source appuyant la proposition voulant que les conclusions du commissaire — et encore moins le contenu des préavis — soient admissibles en preuve dans le cadre de procédures civiles ultérieures. De toute façon, a-t-il dit, le juge du procès sera mieux placé pour déterminer si les éléments de preuve dans le rapport devraient être admis en preuve et, dans l'affirmative, quelle valeur devrait leur être accordée.

14 Richard J. held that the challenges to potential findings of misconduct were, at this stage, purely speculative. The Commissioner had undertaken not to make any findings of civil or criminal liability, and all persons receiving notices are allowed full opportunity to argue against adoption of the allegations. He held that the Commissioner had not exceeded his mandate by conducting an investigation of the commission of particular crimes. He concluded that when released, the findings of the Commissioner might be set aside on the basis that they exceeded the mandate of the Commission. Here, he stated, all that was before him was the administrative decision to give statutory notice to affected parties.

Le juge Richard a conclu que la contestation de l'éventuelle imputation d'une faute n'était, à cette étape, que pure spéculation. Le commissaire s'était engagé à ne tirer aucune conclusion concernant la responsabilité civile ou criminelle, et tous les destinataires des préavis avaient pleine possibilité de faire valoir des arguments contre l'adoption de ces allégations. Il a conclu que le commissaire n'avait pas outrepassé son mandat en procédant à une enquête sur la perpétration de crimes précis. Il a jugé que les conclusions du commissaire, une fois publiées, pourraient être annulées si elles outrepassaient le mandat de la commission. En l'espèce toutefois, la cour n'était saisie que de l'acte administratif consistant à signifier le préavis prescrit par la loi aux parties intéressées.

15 With respect to the procedure adopted by the Commissioner, Richard J. found that s. 7 of the *Charter* did not apply to protect reputation, and even if it did, the issuance of the notices accorded with the principles of fundamental justice. The procedural safeguards recommended under the Act had been provided to the appellants. He rejected the appellants' complaints regarding the evidence accepted by the Commission, the confidential submissions, the timing of the notices, the fairness of the hearings and the conduct of Commission counsel.

En ce qui a trait à la procédure adoptée par le commissaire, le juge Richard a conclu que l'art. 7 de la *Charte* ne s'appliquait pas à la protection de la réputation et que, même s'il s'appliquait, la délivrance des avis respectait les principes de justice fondamentale. Les garanties procédurales prescrites par la Loi avaient été accordées aux appelants. Il a rejeté les plaintes des appelants au sujet des éléments de preuve acceptés par la commission, des observations confidentielles, du moment des avis, de l'équité des audiences et de la conduite des avocats de la commission.

16 Richard J. declared that no explicit findings of misconduct could be made against 47 of the persons who received notices. Counsel for the Commissioner had confirmed that these persons would not be named in any adverse findings of fact

Le juge Richard a statué qu'aucune conclusion explicite faisant état d'une faute ne pouvait être tirée à l'égard de 47 des particuliers destinataires de préavis. Les avocats de la commission avaient confirmé que ces personnes ne seraient nommées

resulting from the notices. He dismissed the remaining applications for judicial review. He further declared that all of the appellants were to be allowed to respond to the notices.

Federal Court of Appeal, [1997] F.C.J. No. 17 (QL)

Décary J.A., writing for the court, found that the challenge to the Commissioner's jurisdiction was not premature. In his view, the fact that the Commissioner had not yet prepared his final report was not significant. If the Commissioner did not have jurisdiction to make the findings in his final report which were being suggested in the notices, he would also be without jurisdiction to give notice that such findings might be made. Décary J.A. emphasized, however, that courts must show extreme restraint before intervening at this stage in order to avoid disrupting the work of inquiries. The courts should only intervene, he concluded, when it is clear that the Commissioner is about to exceed his jurisdiction.

Décary J.A. went on to examine whether the Commissioner had the authority to make the findings contained within the notices. He noted that public inquiries into tragedies inevitably tarnish reputations and raise questions about the responsibility borne by certain individuals. Consequently, Parliament and the courts have imposed strict limits on the use of these findings in civil and criminal trials. The findings made by a commissioner, moreover, are merely statements of the commissioner's opinion with respect to the conduct of a person. Such an opinion does not have the weight, force or effect of a judgment.

Décary J.A. noted that s. 13 of the Act expressly permits a commissioner to make findings of "misconduct". He concluded that this encompasses the power of a commissioner to find that an individual breached a standard of conduct. Since that standard may be moral, legal, scientific, social or political, a conclusion that someone breached a duty does not

dans aucune conclusion de fait défavorable résultant de ces préavis. Il a rejeté les autres demandes de contrôle judiciaire. Il a en outre déclaré que tous les appelants devaient être autorisés à répondre aux préavis.

La Cour d'appel fédérale, [1997] A.C.F. n° 17 (QL)

Le juge Décary, qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel, a conclu que la contestation de la compétence du commissaire n'était pas prématurée. À son avis, le fait que le commissaire n'avait pas encore préparé son rapport final n'était pas déterminant. Si le commissaire n'a pas compétence pour formuler dans son rapport final les conclusions qu'il annonce dans les préavis, il n'a pas davantage compétence pour en faire l'objet d'un préavis. Le juge Décary a toutefois souligné que les tribunaux doivent faire preuve de retenue extrême avant d'intervenir à ce stade afin de ne pas nuire aux enquêtes. Les tribunaux ne devraient intervenir, a-t-il conclu, que lorsqu'il est évident que le commissaire est sur le point d'excéder sa compétence.

Le juge Décary a ensuite examiné la question de savoir si le commissaire avait le pouvoir de tirer les conclusions exposées dans les préavis. Il a souligné qu'il est presque inévitable que les enquêtes publiques sur des tragédies ternissent des réputations et soulèvent des interrogations relativement à la responsabilité de certaines personnes. C'est pour ces raisons que le législateur et les tribunaux ont imposé des restrictions sévères à l'utilisation de ces conclusions dans les procès, au civil comme au criminel. De plus, les conclusions d'un commissaire ne sont que la formulation de l'opinion qu'il s'est faite sur la conduite d'une personne. Cette opinion n'a pas la valeur, la force ni l'effet d'un jugement.

Le juge Décary a fait remarquer que l'art. 13 de la Loi permet expressément à un commissaire d'imputer une «faute». Il a conclu que cela englobe le pouvoir d'un commissaire de conclure qu'une personne a manqué à une norme de conduite. Puisque cette norme peut être morale, légale, scientifique, sociale ou politique, la conclusion

17

18

19

necessarily mean that the individual in question broke the law. It simply means that the individual failed to meet a standard proposed by the commissioner. To hold otherwise would completely muzzle public inquiries and would be inconsistent with s. 13.

20 Décary J.A. left open the question of whether a Commissioner could ever make a finding of civil or criminal liability, but found that in this particular case the Commissioner was precluded from doing so both by his own assurances that he would not and because of an absence of authority within the terms of the Order in Council appointing the Inquiry. The question, therefore, became whether the notices sent to the appellants contained findings or threatened findings of civil or criminal liability.

21 In *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), the test adopted for this question was whether the findings would have the weight of a decision or determination of civil or criminal liability in the eyes of the public. This case was cited with approval by this Court in *Starr v. Houlden*, [1990] 1 S.C.R. 1366, at p. 1398. However, Décary J.A. said that approach should be restricted to inquiries into the commission of particular crimes. First, he said, the strict test would paralyse the work of most broad inquiries such as this one. In addition, he observed that the test is inconsistent with the approach taken by this Court in other cases, such as *O'Hara v. British Columbia*, [1987] 2 S.C.R. 591, at p. 596, and *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97. Although none of these decisions examined the actual findings made by a commissioner, he concluded that the Supreme Court would not have authorized inquiries leading inevitably to findings of fact that would determine responsibility in the eyes of the public if those findings were prohibited.

qu'il y a eu manquement à un devoir ne signifie pas nécessairement que son auteur a violé la loi. Cela signifie simplement que la personne n'a pas satisfait à une norme proposée par le commissaire. Soutenir le contraire, ce serait bâillonner complètement les enquêtes publiques et aller à l'encontre de l'art. 13.

Le juge Décary ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si un commissaire peut être habilité à tirer des conclusions concernant la responsabilité civile ou criminelle, mais il a décidé qu'en l'espèce le commissaire en était empêché en raison des assurances qu'il avait lui-même données à cet égard et du silence sur ce point du décret créant la commission d'enquête. Il ne s'agissait donc que de savoir si les préavis expédiés aux appelants comportaient des conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale ou évoquaient la possibilité que de telles conclusions soient tirées.

Dans l'arrêt *Re Nelles and Grange* (1984), 46 O.R. (2d) 210 (C.A.), le critère adopté à l'égard de cette question était celui de savoir si les conclusions auraient valeur de décision ou de détermination de la responsabilité civile ou pénale aux yeux du public. Cet arrêt a été cité et approuvé par notre Cour dans *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, à la p. 1398. Le juge Décary a toutefois dit que cette approche devrait se limiter aux enquêtes sur la perpétration de crimes précis. Il a d'abord affirmé que le critère strict aurait pour effet de paralyser les travaux de la plupart des commissions d'enquête générales comme celle dont il est question en l'espèce. Il a ensuite ajouté que le critère ne peut être concilié avec l'approche adoptée par notre Cour dans d'autres affaires, dont *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591, à la p. 596, et *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97. Même si aucune de ces décisions ne portait sur les conclusions mêmes qu'avait tirées un commissaire, il a conclu que la Cour suprême n'aurait pas autorisé la poursuite d'enquêtes menant inévitablement à des conclusions de fait ayant valeur de détermination de responsabilité aux yeux du public, si de telles conclusions étaient interdites.

Décary J.A. noted that the Commissioner cannot make findings of civil or criminal liability, and he cannot escape this prohibition simply by using language that is less precise but essentially suggests the same thing. The more a commissioner uses terms with “hallowed legal meaning” (at para. 55), the more likely it is that a court will find the conclusions to be determinations of legal responsibility.

Décary J.A. then applied this approach to the notices in this case. He acknowledged that the choice of certain expressions, such as “responsible for” and “despite knowing” indicated potential findings of legal liability, but he was not prepared to quash the notices on that basis alone. However, he went on to state at para. 69:

I am certain that the Commissioner will understand that he would be venturing onto dangerous ground if, in his final report, he were to persist in using some of the terms he used in the notices and in adopting turns of phrase that bear too close a resemblance to the expression of a conclusion of law.

Subject to this caveat, he held that the Commissioner had the power to issue the notices and rejected the appellants’ first argument.

Décary J.A. rejected the claim that the late delivery of the notices had violated rules of procedural fairness. He noted that the Commissioner had broad latitude and discretion in determining the Inquiry’s procedures, and that those adopted were in accordance with procedural fairness. He said he could see no objection to a commissioner’s waiting until the end of the hearings to give notices. The appellants were given the opportunity to respond to the notices and to adduce additional evidence in a short but flexible time period, which they chose to ignore.

Décary J.A. then reviewed the situation of two appellants who were not parties to the inquiry, and were, therefore, unrepresented there; Baxter Corporation, and Craig A. Anhorn, a former employee

Le juge Décary a fait remarquer que le commissaire ne peut tirer de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale ni contourner cette interdiction en employant des termes qui, sans être aussi précis, laisseraient essentiellement la même impression. Plus un commissaire emploiera des termes «consacrés sur le plan juridique» (au par. 55), plus il s’exposera à ce que ses conclusions soient considérées par les tribunaux comme des déterminations de responsabilité légale.

Le juge Décary a ensuite appliqué cette approche aux préavis en cause. Il a reconnu que le choix de certaines expressions comme «*responsible for*» et «*despite knowing*» avait des relents de déclaration de responsabilité légale, mais il n’était pas disposé à annuler les préavis pour ce seul motif. Il a toutefois déclaré au par. 69:

Le Commissaire comprendra, j’en suis certain, qu’il s’aventurerait en terrain dangereux s’il persistait, dans son rapport final, à utiliser certains des termes qu’il a utilisés dans les préavis et à adopter des tournures de phrases qui s’apparenteraient de trop près à l’expression d’une conclusion juridique.

Sous réserve de cette mise en garde, il a conclu que le commissaire avait le pouvoir de donner les préavis et il a rejeté le premier argument des appelants.

Le juge Décary a rejeté la prétention selon laquelle la délivrance tardive des préavis avait violé les règles d’équité procédurale. Il a souligné que le commissaire dispose d’une grande marge de manœuvre et a toute la discrétion voulue pour établir les procédures de l’enquête et que celles qui furent adoptées en l’espèce respectaient les principes d’équité procédurale. Il a dit ne voir aucune objection à ce qu’un commissaire attende la fin des audiences avant de donner des préavis. Les appelants ont eu la possibilité de répondre aux préavis et de produire de nouveaux éléments de preuve dans un délai court mais souple, mais ils ont choisi de ne pas le faire.

Le juge Décary a ensuite examiné le cas de deux appelants qui n’étaient pas du nombre des parties à l’enquête et qui, partant, n’y avaient pas été représentés, à savoir Baxter Corporation et Craig A.

22

23

24

25

of the Red Cross. They both claimed that since they were not parties they should have received their notices earlier, and the notices should have set out the evidence which was relied upon for the allegations of misconduct. Décary J.A. rejected Baxter Corporation's claim, holding that the company knew that it would be a likely subject of investigation and had deliberately chosen not to seek standing at the inquiry. Having taken this calculated risk, he stated, it must now bear the consequences. On the other hand, in light of the unique position of Craig Anhorn, he found that it was appropriate to quash the notices issued to him.

26 Finally, Décary J.A. turned to the submission that Commission counsel should be prohibited from participating in the final report because they had reviewed confidential documents which had not been disclosed to the other parties or the respondent. He seemed sympathetic to the appellants' claim, but held that it was premature, since the Commissioner had not stated any intention to rely on Commission counsel in the drafting of the final report. Décary J.A. cautioned that he did not think the Commissioner should seek advice from those of his counsel who knew of matters which he and the appellants did not.

27 Accordingly, he allowed the cross-appeal by Craig Anhorn, but dismissed all other appeals.

Issues

- 28
1. Did the Commissioner exceed his jurisdiction by the nature and extent of the allegations of misconduct set out in the notices?
 2. If the Commissioner originally had such jurisdiction, did he lose it by failing to provide adequate procedural protections or by the timing of the release of the notices?
 3. Should Commission counsel be prohibited from taking part in the drafting of the final report because of their receipt of confidential informa-

Anhorn, ancien employé de la Croix-Rouge. Ils ont tous deux fait valoir que, comme ils n'étaient pas parties à l'enquête, les préavis auraient dû leur parvenir plus tôt et indiquer les éléments de preuve sur lesquels étaient fondées les allégations de faute. Le juge Décary a rejeté la prétention de Baxter Corporation, parce que la société savait qu'elle serait probablement visée par l'enquête et qu'elle avait choisi délibérément de ne pas demander la reconnaissance de sa qualité pour agir. Celle-ci ayant, selon lui, couru un risque calculé, il lui fallait dès lors en assumer les conséquences. Quant à Craig Anhorn, étant donnée sa situation particulière, le juge Décary a conclu qu'il y avait lieu d'annuler les préavis le visant.

Le juge Décary a en dernier lieu examiné la prétention voulant que les avocats de la commission ne puissent participer à la rédaction du rapport final parce qu'ils avaient examiné des documents confidentiels qui n'avaient pas été communiqués aux autres parties ni à l'intimé. Il a semblé sensible à la prétention des appelants, mais il a conclu que la démarche était prématurée car le commissaire n'avait pas indiqué avoir l'intention de faire appel aux avocats de la commission pour la rédaction du rapport final. Le juge Décary a ajouté ne pas croire que le commissaire chercherait conseil auprès de ceux de ses avocats qui savent des choses que lui-même et les appelants ignorent.

Il a donc accueilli l'appel incident de Craig Anhorn, mais rejeté tous les autres appels.

Questions soulevées par le pourvoi

1. Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis?
2. Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis?
3. Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseigne-

tion not disclosed to the Commissioner or the other parties?

4. Should the appellant Baxter Corporation be treated differently from the other appellants?

Analysis

Did the Commissioner Exceed his Jurisdiction by the Nature and Extent of the Allegations of Misconduct Set Out in the Notices?

A. Introduction — Commissions of Inquiry

Commissions of inquiry have a long history in Canada, and have become a significant and useful part of our tradition. They have frequently played a key role in the investigation of tragedies and made a great many helpful recommendations aimed at rectifying dangerous situations.

It may be of assistance to set out what was said regarding the history and role of commissions of inquiry in *Phillips, supra*, at pp. 137-38:

As *ad hoc* bodies, commissions of inquiry are free of many of the institutional impediments which at times constrain the operation of the various branches of government. They are created as needed, although it is an unfortunate reality that their establishment is often prompted by tragedies such as industrial disasters, plane crashes, unexplained infant deaths, allegations of widespread child sexual abuse, or grave miscarriages of justice.

At least three major studies on the topic have stressed the utility of public inquiries and recommended their retention: Law Reform Commission of Canada, Working Paper 17, *Administrative Law: Commissions of Inquiry* (1977); Ontario Law Reform Commission, *Report on Public Inquiries* (1992); and Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). They have identified many benefits flowing from commissions of inquiry. Although the particular advantages of any given inquiry will depend upon the circumstances in which it is created and the powers it is given, it may be helpful to review some of the most common functions of commissions of inquiry.

ments confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties?

4. L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

Analyse

Le commissaire a-t-il outrepassé sa compétence par la nature et l'étendue des allégations de faute exposées dans les préavis?

A. Introduction — Les commissions d'enquête

Les commissions d'enquête existent depuis longtemps au Canada et sont devenues un élément important et utile de notre tradition. Elles ont souvent joué un rôle de premier plan dans l'examen de tragédies et proposé nombre de recommandations efficaces pour corriger des situations dangereuses.

Il peut être utile de reprendre ce qui a été dit au sujet de l'histoire et du rôle des commissions d'enquête dans l'arrêt *Phillips*, précité, aux pp. 137 et 138:

En tant qu'organismes *ad hoc*, les commissions d'enquête sont libres d'un bon nombre des entraves institutionnelles qui limitent parfois l'action des diverses branches de gouvernement. Elles sont constituées pour répondre à un besoin, bien qu'il faille malheureusement admettre qu'elles doivent souvent leur existence à des tragédies comme un désastre industriel, des écrasements d'avions, des décès inexplicables de jeunes enfants, des allégations d'exploitation sexuelle d'enfants largement répandue ou des erreurs judiciaires graves.

Au moins trois études d'importance sur le sujet ont mis en évidence l'utilité des enquêtes publiques et ont recommandé qu'elles soient maintenues: Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 17, *Droit administratif: les commissions d'enquête* (1977); Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Public Inquiries* (1992); Alberta Law Reform Institute, Report No. 62, *Proposals for the Reform of the Public Inquiries Act* (1992). D'après ces études, les commissions d'enquête présentent de nombreux avantages. Bien que ces avantages dépendent du contexte de la création de chaque commission et des pouvoirs qui lui sont conférés, il peut être utile de passer en revue certaines des fonctions les plus courantes de ces commissions.

29

30

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

Undoubtedly, the ability of an inquiry to investigate, educate and inform Canadians benefits our society. A public inquiry before an impartial and independent commissioner which investigates the cause of tragedy and makes recommendations for change can help to prevent a recurrence of such tragedies in the future, and to restore public confidence in the industry or process being reviewed.

31

The inquiry's roles of investigation and education of the public are of great importance. Yet those roles should not be fulfilled at the expense of the denial of the rights of those being investigated. The need for the careful balancing was recognized by Décaré J.A. when he stated at para. 32 "[t]he search for truth does not excuse the violation of the rights of the individuals being investigated". This means that no matter how important the work of an inquiry may be, it cannot be achieved at the

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la «vérité», en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

Incontestablement, la capacité d'une commission d'enquête de procéder à des examens et d'éduquer et d'informer les Canadiens profite à notre société. Une enquête publique devant un commissaire impartial et indépendant qui cherche la cause d'une tragédie et qui recommande des changements peut aider à prévenir la répétition de tragédies semblables à l'avenir et rétablir la confiance du public envers le secteur ou le processus visé par l'enquête.

Les rôles d'enquête et d'éducation du public qui sont conférés à une commission d'enquête ont une très grande importance. Ces rôles ne devraient cependant pas être remplis aux dépens du respect des droits des personnes faisant l'objet de l'enquête. La nécessité de parvenir à un juste équilibre a été reconnue par le juge Décaré lorsqu'il a dit, au par. 32, que «[l]a recherche de la vérité n'excuse pas la violation des droits des personnes sous enquête». Cela signifie que si important que soit le

expense of the fundamental right of each citizen to be treated fairly.

travail d'une commission, il ne peut se faire aux dépens du droit fondamental de tout citoyen d'être traité équitablement.

The Background of This Inquiry

The circumstances which gave rise to this Inquiry cannot be forgotten. The factual background underlines the importance of the Commission and places the hearings in their proper context. More than 1,000 Canadians became directly infected with HIV from blood and blood products in the early 1980s, and approximately 12,000 more were infected with and exposed to the dangers of Hepatitis C. These infections were caused by the very system Canadians rely upon to restore their health in times of illness or accident. It is a system which operates throughout the country. The Wilbee Report (Report of the Sub-Committee on Health Issues of the Standing Committee of the House of Commons on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and Status of Women, *Tragedy and Challenge: Canada's Blood System and HIV* (May 13, 1993)), a 1993 parliamentary study of the blood system, observed that every 20 seconds of every single day someone in Canada requires a blood transfusion. A great many Canadian families are touched in some way by the urgent and continuous need for blood and blood products. Clearly, the blood system is an essential part of Canada's health care system. The answers to questions as to how and why this vitally important system failed Canadians are crucial both to ensuring that this terrible tragedy never recurs and to restoring public confidence in our system of health care.

It is against that background that the assessment must be made of the jurisdiction of the Commissioner to issue notices indicating potential findings of misconduct against the appellants.

Le contexte de la présente enquête

Les circonstances ayant donné lieu à la présente enquête ne peuvent être oubliées. Le contexte factuel met en lumière l'importance de la commission et permet de situer les audiences dans leur juste perspective. Plus de 1 000 Canadiens ont été directement infectés par le VIH véhiculé par le sang et les produits sanguins au début des années 1980, et environ 12 000 autres Canadiens ont été infectés par le virus de l'hépatite C et exposés aux dangers qu'il représente. Ces infections ont été causées par le système même auquel les Canadiens font appel pour le rétablissement de leur santé en cas de maladie ou d'accident. C'est un système mis en œuvre à l'échelle du pays. D'après le rapport Wilbee (Rapport du Sous-comité sur les questions de santé du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine, *Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH* (13 mai 1993)), étude parlementaire sur le système d'approvisionnement en sang au Canada, chaque jour au Canada, toutes les 20 secondes, une personne a besoin d'une transfusion sanguine. Bon nombre de familles canadiennes sont touchées d'une façon ou d'une autre par le besoin urgent et continu de sang et de produits du sang. Le système d'approvisionnement en sang constitue clairement une partie essentielle du système de santé au Canada. Il importe au plus haut point de comprendre comment et pourquoi ce système d'une importance vitale a fait défaut aux Canadiens, pour faire en sorte que cette terrible tragédie ne se reproduise plus jamais et pour rétablir la confiance du public dans notre système de soins de la santé.

C'est dans ce contexte que doit être examiné le pouvoir du commissaire de délivrer des préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute aux appelants.

B. The Scope of a Commissioner's Power to Make Findings of Misconduct

34

A commission of inquiry is neither a criminal trial nor a civil action for the determination of liability. It cannot establish either criminal culpability or civil responsibility for damages. Rather, an inquiry is an investigation into an issue, event or series of events. The findings of a commissioner relating to that investigation are simply findings of fact and statements of opinion reached by the commissioner at the end of the inquiry. They are unconnected to normal legal criteria. They are based upon and flow from a procedure which is not bound by the evidentiary or procedural rules of a courtroom. There are no legal consequences attached to the determinations of a commissioner. They are not enforceable and do not bind courts considering the same subject matter. The nature of an inquiry and its limited consequences were correctly set out in *Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia)*, [1997] 2 F.C. 527, at para. 23:

A public inquiry is not equivalent to a civil or criminal trial. . . . In a trial, the judge sits as an adjudicator, and it is the responsibility of the parties alone to present the evidence. In an inquiry, the commissioners are endowed with wide-ranging investigative powers to fulfil their investigative mandate. . . . The rules of evidence and procedure are therefore considerably less strict for an inquiry than for a court. Judges determine rights as between parties; the Commission can only "inquire" and "report". . . . Judges may impose monetary or penal sanctions; the only potential consequence of an adverse finding . . . is that reputations could be tarnished.

Thus, although the findings of a commissioner may affect public opinion, they cannot have either penal or civil consequences. To put it another way, even if a commissioner's findings could possibly be seen as determinations of responsibility by

B. L'étendue du pouvoir du commissaire de conclure à l'existence d'une faute

Une commission d'enquête ne constitue ni un procès pénal, ni une action civile pour l'appréciation de la responsabilité. Elle ne peut établir ni la culpabilité criminelle, ni la responsabilité civile à l'égard de dommages. Il s'agit plutôt d'une enquête sur un point, un événement ou une série d'événements. Les conclusions tirées par un commissaire dans le cadre d'une enquête sont tout simplement des conclusions de fait et des opinions que le commissaire adopte à la fin de l'enquête. Elles n'ont aucun lien avec des critères judiciaires normaux. Elles tirent leur source et leur fondement d'une procédure qui n'est pas assujettie aux règles de preuve ou de procédure d'une cour de justice. Les conclusions d'un commissaire n'entraînent aucune conséquence légale. Elles ne sont pas exécutoires et elles ne lient pas les tribunaux appelés à examiner le même objet. La nature et les conséquences limitées des enquêtes ont été correctement décrites dans l'arrêt *Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)*, [1997] 2 C.F. 527, au par. 23:

Une enquête publique n'est pas du tout un procès civil ou criminel [. . .] Dans un procès, le juge assume un rôle juridictionnel et seules les parties ont la responsabilité de présenter la preuve. Dans une enquête, les commissaires sont dotés de vastes pouvoirs d'enquête pour accomplir leur mandat d'enquête [. . .] Les règles de preuve et de procédure sont donc considérablement moins contraignantes dans le cas d'une commission d'enquête que dans le cas d'une cour de justice. Les juges décident des droits visant les rapports entre les parties, une commission d'enquête ne peut que «faire enquête» et «faire rapport» [. . .] Les juges peuvent imposer des sanctions pécuniaires ou pénales; la seule conséquence susceptible de découler d'une conclusion défavorable de la Commission d'enquête [. . .] est que des réputations pourraient être ternies.

Par conséquent, même si les conclusions d'un commissaire peuvent avoir un effet sur l'opinion publique, elles ne peuvent entraîner de conséquences ni au pénal ni au civil. En d'autres termes, même s'il se peut qu'elles soient perçues par le public comme des déterminations de responsabilité, les conclusions d'un commissaire ne sont ni

members of the public, they are not and cannot be findings of civil or criminal responsibility.

What then should be the result of the appellants' submission that a commissioner conducting a public inquiry does not have the jurisdiction to make findings that would be considered by reasonably informed members of the public to be a determination of criminal or civil liability? Since it is clear that a commissioner's findings cannot constitute findings of legal liability, it would appear that the appellants are asserting that in light of the potential harm to the reputations of parties or witnesses, a commissioner should not be permitted to allocate blame or assign responsibility for the events under scrutiny. While they acknowledge that a commissioner does have the authority to make findings of fact, they appear to challenge his ability to assess those facts or to evaluate what happened according to a standard of conduct. In order to demonstrate why this argument must be rejected it will be necessary to first look at the *Inquiries Act*, and then at decisions which have reviewed the jurisdiction and authority of other commissions of inquiry.

The Inquiries Act

The *Inquiries Act* provides for two types of investigations. The first is described in s. 2 of the Act. It provides that when the Governor in Council deems it appropriate, an inquiry may be held "concerning any matter connected with the good government of Canada or the conduct of any part of the public business" of the government. The second is described in s. 6 of the Act. It provides for the appointment of "a commissioner or commissioners to investigate and report on the state and management of the business . . . of [a] department" of government or "the conduct of any person in that service". It is this second type of inquiry that is more often specifically concerned with the conduct of individuals.

Justice Krever recognized from the outset that his inquiry was not to be directed at investigating misconduct of individuals, but rather was to be

ne peuvent être des déclarations de responsabilité civile ou pénale.

Quel sort donc réserver à la prétention des appelants portant qu'un commissaire chargé d'une enquête publique n'est pas habilité à tirer des conclusions susceptibles d'être considérées par le public raisonnablement bien informé comme une détermination de responsabilité pénale ou civile? Puisqu'il ressort clairement que les conclusions d'un commissaire ne peuvent constituer des déclarations de responsabilité légale, les appelants semblent soutenir que, compte tenu du tort susceptible d'être causé à la réputation des parties ou des témoins, il ne devrait pas être loisible au commissaire d'exprimer un blâme ni d'imputer une responsabilité pour les événements visés par l'enquête. Même s'ils reconnaissent qu'un commissaire a le pouvoir de tirer des conclusions de fait, les appelants paraissent contester son pouvoir d'apprécier ces faits ou encore d'évaluer ce qui s'est produit par rapport à une norme de conduite. Pour démontrer pourquoi il y a lieu de rejeter cet argument, il faudra examiner d'abord la *Loi sur les enquêtes*, puis des décisions où les tribunaux se sont penchés sur la compétence et les pouvoirs d'autres commissions d'enquête.

La Loi sur les enquêtes

La *Loi sur les enquêtes* prévoit deux types d'enquête. Le premier type est décrit à l'art. 2 de la Loi. Cette disposition porte que le gouverneur en conseil, s'il l'estime utile, peut faire procéder à une enquête sur toute question «touchant le bon gouvernement du Canada ou la gestion des affaires publiques». Le deuxième type est décrit à l'art. 6 de la Loi. Cet article prévoit la nomination d'«un ou plusieurs commissaires pour faire enquête et rapport sur toute question touchant l'état et l'administration des affaires [d'un] ministère» ou sur la «conduite [. . .] de toute personne y travaillant». C'est ce deuxième type d'enquête qui, le plus souvent, porte expressément sur la conduite de particuliers.

Le juge Krever a reconnu d'entrée de jeu que son enquête ne visait pas à examiner la conduite de particuliers, mais qu'elle devait plutôt se concen-

35

36

37

focused upon ensuring that there would be a safe, efficient and effective blood system in Canada. On November 22, 1993, he stated that:

As I interpret the terms of reference, the focus of the inquiry is to determine whether Canada's blood supply is as safe as it could be and whether the blood system is sound enough that no future tragedy will occur. For those purposes it is essential to determine what caused or contributed to the contamination of the blood system in Canada in the early 1980's.

38

Section 13 of the Act makes it clear that commissioners have the power to make findings of misconduct. In order to do so, commissioners must also have the necessary authority to set out the facts upon which the findings of misconduct are based, even if those facts reflect adversely on some parties. If this were not so, the inquiry process would be essentially pointless. Inquiries would produce reports composed solely of recommendations for change, but there could be no factual findings to demonstrate why the changes were necessary. If an inquiry is to be useful in its roles of investigation, education and the making of recommendations, it must make findings of fact. It is these findings which will eventually lead to the recommendations which will seek to prevent the recurrence of future tragedies.

39

These findings of fact may well indicate those individuals and organizations which were at fault. Obviously, reputations will be affected. But damaged reputations may be the price which must be paid to ensure that if a tragedy such as that presented to the Commission in this case can be prevented, it will be. As Richard J. stated in the Federal Court Trial Division, at para. 71:

The finding of facts, and in particular facts that reveal what went wrong or why a disaster occurred, can be an essential precondition to the making of useful, reliable

trer sur les moyens d'assurer un système d'approvisionnement en sang au Canada qui soit sûr, efficace et efficace. Le 22 novembre 1993, il a déclaré:

[TRADUCTION] Suivant l'interprétation que je fais de mon mandat, l'enquête vise d'abord et avant tout à déterminer si les réserves de sang du Canada sont aussi sûres qu'elles pourraient l'être et à déterminer si le système canadien d'approvisionnement en sang est suffisamment sans danger pour garantir qu'aucune autre tragédie ne se produira. À cette fin, il est essentiel de déterminer ce qui a causé ou contribué à causer la contamination de réserves de sang au Canada au début des années 1980.

L'article 13 de la Loi énonce clairement que les commissaires ont le pouvoir d'imputer une faute. Pour exercer ce pouvoir, les commissaires doivent aussi être habilités à établir les faits sur lesquels sont fondées les conclusions faisant état d'une faute, même s'ils nuisent à la réputation de certaines parties. S'il en était autrement, le processus d'enquête ne servirait essentiellement à rien. Les enquêtes produiraient des rapports se limitant uniquement à des recommandations de changements, mais ne comprendraient aucune conclusion factuelle qui permette de démontrer pourquoi les changements proposés sont nécessaires. Pour être en mesure de remplir utilement ses rôles d'enquête, d'éducation et de recommandation, une commission d'enquête doit tirer des conclusions de fait. Ce sont ces conclusions qui conduiront finalement aux recommandations susceptibles d'empêcher d'autres tragédies.

Ces conclusions de fait peuvent fort bien désigner nommément les particuliers et les organismes qui sont pris en faute. Il y aura manifestement des réputations qui seront ternies. Mais le risque de voir des réputations ternies peut être le prix à payer pour faire en sorte que, dans la mesure où elle est évitable, une tragédie comme celle que devait examiner la commission en l'espèce ne se reproduise plus. Comme le juge Richard l'a dit dans le jugement de la Section de première instance au par. 71:

La conclusion de fait, en particulier en ce qui a trait aux faits qui expliquent ce qui s'est produit ou la cause du désastre, peut constituer une condition préalable

recommendations to the government as to how to avoid a repetition of the events under review.

And as Décary J.A. put it in the Federal Court of Appeal, at para. 35:

... a public inquiry into a tragedy would be quite pointless if it did not lead to identification of the causes and players for fear of harming reputations and because of the danger that certain findings of fact might be invoked in civil or criminal proceedings. It is almost inevitable that somewhere along the way, or in a final report, such an inquiry will tarnish reputations and raise questions in the public's mind concerning the responsibility borne by certain individuals. I doubt that it would be possible to meet the need for public inquiries whose aim is to shed light on a particular incident without in some way interfering with the reputations of the individuals involved.

I am in agreement with these observations. In my view, it is clear that commissioners must have the authority to make those findings of fact which are relevant to explain and support their recommendations even though they reflect adversely upon individuals.

The appellants do not appear to challenge the power of a commissioner to make findings of fact; their objection is to the commissioner's assessment of those facts. However, in my view, the power of commissioners to make findings of misconduct must encompass not only finding the facts, but also evaluating and interpreting them. This means that commissioners must be able to weigh the testimony of witnesses appearing before them and to make findings of credibility. This authority flows from the wording of s. 13 of the Act, which refers to a commissioner's jurisdiction to make findings of "misconduct". According to the *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990), misconduct is "improper or unprofessional behaviour" or "bad management". Without the power to evaluate and weigh testimony, it would be impossible for a commissioner to determine whether behaviour was "improper" as opposed to "proper", or what constituted "bad management" as opposed to "good management". The authority to make these evaluations of the facts established during an inquiry must, by necessary implication, be included in the

essentielle à la formulation d'une recommandation utile et fiable à l'intention du gouvernement quant à la façon d'éviter la répétition des événements en cause.

Et comme le juge Décary l'a dit dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale au par. 35:

... une enquête publique sur une tragédie serait bien inutile si elle ne permettait pas d'en identifier les causes et les acteurs de crainte d'atteinte à la réputation et en raison du danger que certaines des conclusions de fait ne soient invoquées dans le cadre de poursuites civiles ou pénales. Il est presque inévitable qu'en cours de route ou dans un rapport final, une telle enquête ternisse des réputations et soulève des interrogations dans le public relativement à la responsabilité de certaines personnes. Je doute qu'il soit possible de satisfaire le besoin d'enquêtes publiques destinées à faire la lumière sur un incident donné, sans porter atteinte de quelque façon à la réputation des personnes impliquées.

Je suis d'accord avec ces observations. À mon avis, il est clair que les commissaires doivent avoir le pouvoir de tirer les conclusions de fait qui sont pertinentes pour expliquer et appuyer leurs recommandations, même si elles peuvent nuire à la réputation de certaines personnes.

Les appelants ne semblent pas contester le pouvoir du commissaire de tirer des conclusions de fait; leur objection vise l'évaluation de ces faits par le commissaire. À mon avis toutefois, le pouvoir des commissaires de conclure à l'existence d'une faute doit comprendre non seulement la constatation des faits, mais aussi leur évaluation et leur interprétation. Cela signifie que les commissaires doivent être en mesure d'apprécier la déposition des témoins qui se présentent devant eux et de juger de leur crédibilité. Ce pouvoir découle du libellé de l'art. 13 de la Loi, qui renvoie au pouvoir du commissaire d'imputer une «faute» («*misconduct*» dans le texte anglais). Selon le *Concise Oxford Dictionary* (8^e éd. 1990), le terme «*misconduct*» est une [TRADUCTION] «mauvaise» conduite ou une [TRADUCTION] «gestion irrégulière». Sans le pouvoir d'évaluer et d'apprécier les dépositions, le commissaire se trouverait dans l'impossibilité de déterminer si la conduite était «mauvaise» par opposition à «bonne», ou encore s'il s'agissait d'une «gestion irrégulière» par opposition à une «saine gestion». Le pouvoir de procéder à ces éva-

authorization to make findings of misconduct contained in s. 13. Further, it simply would not make sense for the government to appoint a commissioner who necessarily becomes very knowledgeable about all aspects of the events under investigation, and then prevent the commissioner from relying upon this knowledge to make informed evaluations of the evidence presented.

41

The principal argument presented to prohibit commissioners from making findings which include evaluations of the conduct of individuals is that those findings may harm the reputations of the named parties. However, I am not convinced that a commissioner's evaluation of facts found to be unfavourable to a party will necessarily aggravate the damage caused to the reputation of the party by the unfavourable findings of fact standing by themselves. For example, suppose an inquiry made the following unfavourable factual findings:

Company X learned by late summer or early fall 1984 that its manufacturing process for producing untreated factor concentrates was ineffective in destroying the causative agent of AIDS. A safer, viable process for producing heat-treated factor concentrates was available and in use. Company X did not withdraw its products produced by the ineffective and unsafe process.

Is the damage to the reputation of the party caused by these findings increased if the commissioner's evaluation of them is included, as in the following example?

Company X learned by late summer or early fall 1984 that its manufacturing process for producing untreated factor concentrates was ineffective in destroying the causative agent of AIDS, and that a safer, viable process for producing heat-treated factor concentrates was available and in use. Despite its knowledge of the grave dangers to the public, Company X failed to withdraw those products produced by what it knew to be

lutions des faits établis au cours d'une enquête doit nécessairement être compris implicitement dans le pouvoir d'imputer une faute prévu à l'art. 13. De plus, il serait absurde que le gouvernement nomme un commissaire, qui acquiert forcément une connaissance approfondie de tous les aspects des événements visés par l'enquête, et l'empêche ensuite de faire appel à cette connaissance pour procéder à des évaluations éclairées de la preuve produite.

Le principal argument avancé pour empêcher les commissaires de tirer des conclusions englobant des évaluations de la conduite de particuliers a trait à la possibilité que ces conclusions ternissent la réputation des parties désignées nommément. Je ne suis toutefois pas convaincu qu'une évaluation défavorable des faits par le commissaire aggrave nécessairement le tort causé à la réputation de la partie visée par les conclusions de fait défavorables elles-mêmes. Supposons, par exemple, qu'une enquête ait tiré la conclusion de fait défavorable suivante:

La société X a appris à la fin de l'été ou au début de l'automne 1984 que son procédé de fabrication de concentrés de facteur non traités était inefficace pour détruire l'agent responsable du SIDA. Un procédé exploitable et plus sûr pour la fabrication de concentrés de facteur traités par la chaleur était offert sur le marché et utilisé. La société X n'a pas retiré ses produits fabriqués selon le procédé inefficace et dangereux.

Le tort causé à la réputation de la partie par ces conclusions est-il amplifié si l'évaluation du commissaire vient s'y ajouter, comme dans l'exemple suivant?

La société X a appris à la fin de l'été ou au début de l'automne 1984 que son procédé de fabrication de concentrés de facteur non traités était inefficace pour détruire l'agent responsable du SIDA et qu'un procédé exploitable et plus sûr pour la fabrication de concentrés de facteur traités par la chaleur était offert sur le marché et utilisé. Même si elle avait connaissance des graves dangers que cela présentait pour le

an ineffective and unsafe process. This was unacceptable conduct.

It cannot be said that there would be any real difference between the public's impression of Company X's conduct if the findings were phrased in the second manner rather than the first. The harm to the company's reputation must result from setting out the factual findings. Since this is clearly within the commissioner's jurisdiction, I see no reason why the commissioner should be prevented from drawing the appropriate evaluations or conclusions which flow from those facts.

In addition, to limit a commissioner solely to findings of fact would require first the commissioner and, subsequently, the courts to wrestle with the difficult issue of distinguishing between fact and opinion. On my interpretation of the statute it is not necessary to consider that question. The wording of s. 13 by necessary inference authorizes a commissioner to make findings of fact and to reach conclusions based upon those facts, even if the findings and conclusions may adversely affect the reputation of individuals or corporations.

The Jurisprudence

The appellants contend that even if findings of misconduct are authorized by the Act, this power has been restricted by decisions of the courts. They argue that the judicial restriction is such that the authority cannot be exercised if the findings would appear in the eyes of the public to be determinations of liability. In support of their position, they rely on comments made by the Ontario Court of Appeal in *Nelles*, *supra*, which were favourably referred to by this Court in *Starr v. Houlden*, *supra*, at p. 1398. In *Nelles*, the court prohibited a provincially appointed commissioner from expressing his opinion as to whether the death of any child was the result of the action, accidental or otherwise, of any named persons. This restriction, the court held, flowed from the terms of the

public, la société X a omis de retirer ces produits fabriqués selon le procédé qu'elle savait être inefficace et dangereux. C'était là une conduite inacceptable.

Il est impossible de dire s'il y aurait véritablement une différence en ce qui concerne l'impression laissée auprès du public au sujet de la conduite de la société X si les conclusions étaient libellées selon la deuxième formulation au lieu de la première. Le tort causé à la réputation de la société doit provenir de l'établissement des conclusions de fait. Comme cela fait clairement partie des attributions du commissaire, je ne puis voir pourquoi le commissaire devrait être empêché de faire les évaluations ou de tirer les conclusions appropriées découlant de ces faits.

De plus, pour limiter le rôle d'un commissaire à la seule constatation des faits, il faudrait d'abord que le commissaire, puis ensuite les tribunaux, se penchent sur l'épineuse question de distinguer les faits des opinions. D'après l'interprétation que je fais de la Loi, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question. Le libellé de l'art. 13 autorise implicitement un commissaire à constater des faits et à tirer des conclusions fondées sur ces faits, même si les constatations et les conclusions sont susceptibles de nuire à la réputation de personnes physiques ou morales.

La jurisprudence

Selon les appelants, même si la loi autorise les commissaires à imputer une faute, ce pouvoir a été limité par des décisions judiciaires. L'encadrement judiciaire de ce pouvoir serait tel qu'il ne peut être exercé si les conclusions passent aux yeux du public pour des déterminations de responsabilité. Les appelants fondent leur position sur les commentaires faits par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Nelles*, précité, qui a été approuvé par notre Cour dans *Starr c. Houlden*, précité, à la p. 1398. Dans *Nelles*, la cour a interdit à un commissaire nommé par la province d'exprimer son opinion quant à savoir si le décès d'un enfant était le résultat d'un acte, accidentel ou autre, d'une ou de plusieurs personnes nommément désignées. Cette restriction, selon la cour, découlait des

42

43

inquiry's authorizing order, which forbade the commissioner from expressing "any conclusion of law regarding civil or criminal responsibility" (p. 215). That provision stemmed from the concern that, in its absence, the inquiry would intrude upon the federal criminal law power. The Court of Appeal described this concern in these words at p. 220:

... the fact that the findings or conclusions made by the commissioner are not binding or final in future proceedings is not determinative of what he will decide. What is important is that a finding or conclusion stated by the commissioner would be considered by the public as a determination and might well be seriously prejudicial if a person named by the commissioner as responsible for the deaths in the circumstances were to face such accusations in further proceedings. Of equal importance, if no charge is subsequently laid, a person found responsible by the commissioner would have no recourse to clear his or her name.

The appellants rely upon this statement to support their position that a commissioner cannot make findings which would appear in the eyes of the public to be determinations of legal liability.

44

I cannot accept this position. The test set out above is appropriate when dealing with commissions investigating a particular crime. However, it should not be applied to inquiries which are engaged in a wider investigation, such as that of the tragedy presented in this case. I agree with the Federal Court of Appeal that if the comments made in *Nelles* were taken as a legal principle of law applicable to every inquiry, the task of many if not most commissions of inquiry would be rendered impossible.

45

The decisions in *Nelles* and *Starr* are distinguishable from the case at bar. In *Nelles*, the court found that the purpose of the inquiry was to discover who had committed the specific crime of killing several babies at the Hospital for Sick Children in Toronto. By the time the case reached the Court of Appeal, one criminal prosecution for the deaths had failed and an extensive police investigation into the deaths was still continuing. When it

termes du décret instituant l'enquête, lesquels interdisaient au commissaire d'exprimer [TRADUCTION] «toute conclusion de droit concernant la responsabilité civile ou criminelle» (p. 215). Faute de cette disposition, craignait-on, l'enquête risquait d'empiéter sur la compétence législative fédérale en matière criminelle. La Cour d'appel a exprimé cette préoccupation en ces termes à la p. 220:

[TRADUCTION] ... le fait que les constatations ou les conclusions tirées par le commissaire ne soient pas impératives ni décisives à l'égard des procédures ultérieures n'est pas un élément déterminant dans sa décision. Ce qui importe c'est qu'une conclusion du commissaire serait considérée comme une décision par le public et serait susceptible de causer un préjudice grave si une personne désignée par le commissaire comme responsable du décès dans les circonstances devait faire face à de telles accusations dans d'autres procédures. Ce qui importe tout autant, c'est que, si aucune accusation n'était portée par la suite, la personne déclarée responsable par le commissaire n'aurait aucun recours pour défendre sa réputation.

Les appelants invoquent cet énoncé à l'appui de leur position voulant qu'un commissaire ne puisse tirer des conclusions valant, aux yeux du public, détermination de la responsabilité légale.

Je ne puis accepter cette position. Le critère énoncé plus haut est approprié lorsqu'il s'agit d'enquêtes portant sur un crime précis. Toutefois, il ne devrait pas être appliqué à des enquêtes qui portent sur un objet plus vaste, comme la tragédie visée en l'espèce. Je suis d'accord avec la Cour d'appel fédérale pour dire que si les commentaires faits dans l'arrêt *Nelles* devaient être considérés comme un principe de droit applicable à chaque enquête, la mission de bon nombre, voire de la majorité des commissions d'enquête deviendrait impossible à remplir.

Une distinction peut être établie entre les arrêts *Nelles* et *Starr* et la présente espèce. Dans l'arrêt *Nelles*, la cour a conclu que l'enquête avait pour objet de découvrir qui avait perpétré un crime précis, à savoir l'assassinat de plusieurs bébés à l'hôpital pour enfants de Toronto. Au moment où l'affaire a été portée devant la Cour d'appel, une poursuite criminelle n'avait rien donné et une enquête policière poussée sur les décès était tou-

established the commission, the government described it as an inquiry into deaths thought to have been the result of deliberate criminal acts. Further, the Attorney General had stated that if further evidence became available which would warrant the laying of additional charges, they would be laid and the parties vigorously prosecuted. The court clearly viewed the proceedings as tantamount to a preliminary inquiry into a specific crime. For the commissioner to have named the persons he considered responsible would, in those circumstances, have amounted to a clear attribution of criminal responsibility.

Starr can be similarly distinguished. The public inquiry in that case arose out of widely publicized allegations of conflict of interest and possible criminal activity by Patricia Starr and Tridel Corporation. The Order in Council establishing the inquiry named both Starr and Tridel and, without providing any requirement for making recommendations, mandated an investigation into their conduct in language virtually indistinguishable from the pertinent *Criminal Code* provisions. This Court concluded that the purpose of the inquiry was to conduct an investigation solely for the purpose of obtaining evidence, determining its sufficiency and deciding whether a *prima facie* criminal case had been established against either of the named parties. In the reasons, this observation was made at p. 1403:

... there seems to be a complete absence of any broad, policy basis for the inquiry. This is not, for example, a commission of inquiry into the relationship of charities and public officials. There is no express mandate for the Commissioner to inquire into anything other than the specific allegations of the relationship between dealings by public officials with the two named individuals and any benefits that may have been conferred to the officials.

At page 1405, this conclusion was reached regarding the aim of the commission:

There is nothing on the surface of the terms of reference or in the background facts leading up to the inquiry to convince me that it is designed to restore confidence in

jours en cours. Lorsqu'il a établi la commission, le gouvernement l'a décrite comme une enquête portant sur des décès paraissant résulter d'actes criminels délibérés. Le procureur général avait en outre déclaré qu'en cas de découverte de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier le dépôt de nouvelles accusations, ces accusations seraient déposées et les poursuites seraient menées avec vigueur. La cour a clairement perçu les procédures comme équivalant à une enquête préliminaire visant un crime précis. Le fait pour le commissaire de nommer les personnes qu'il estimait responsables aurait, dans ces circonstances, été l'équivalent d'une attribution claire de responsabilité criminelle.

Il est aussi possible d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Starr*. Dans cette affaire, l'enquête publique avait été engagée à la suite d'allégations très médiatisées de conflit d'intérêts et d'activités criminelles de la part de Patricia Starr et de Tridel Corporation. Le décret instituant l'enquête nommait à la fois Starr et Tridel et, sans prévoir d'obligation de formuler des recommandations, donnait le mandat de procéder à une enquête sur leur conduite dans des termes pratiquement identiques à ceux des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Notre Cour a conclu que l'enquête visait uniquement à obtenir des éléments de preuve, à déterminer s'ils étaient suffisants et à décider si une preuve *prima facie* avait été établie à l'endroit des parties nommées. L'observation suivante est tirée des motifs, à la p. 1403:

... il semble n'y avoir absolument aucun principe général sous-jacent à l'enquête. Il ne s'agit pas, par exemple, d'une commission d'enquête sur les liens entre les organismes charitables et les fonctionnaires publics. Le commissaire n'a pas le mandat exprès de faire enquête sur autre chose que des allégations précises d'un lien qui existerait entre des relations d'affaires intervenues entre des fonctionnaires publics et les deux personnes et les avantages qui peuvent avoir été conférés à ces fonctionnaires publics.

À la page 1405, la Cour a tiré la conclusion suivante au sujet de l'objet de la commission:

Il n'y a rien dans la formulation même du mandat, ni dans les circonstances qui ont donné lieu à l'enquête, qui me convainque qu'elle vise à rétablir la confiance en

the integrity and institutions of government or to review the regime governing the conduct of public officials. Any such objectives are clearly incidental to the central feature of the inquiry, which is the investigation and the making of findings of fact in respect of named individuals in relation to a specific criminal offence.

The Court concluded that the inquiry was *ultra vires* the province.

47 Clearly, those two inquiries were unique. They dealt with specific incidents and specific individuals, during the course of criminal investigations. Their findings would inevitably reflect adversely on individuals or parties and could well be interpreted as findings of liability by some members of the public. In those circumstances, it was appropriate to adopt a strict test to protect those who might be the subject of criminal investigations. However, those commissions were very different from broad inquiries such as an investigation into the contamination of Canada's blood system, as presented in this case.

48 The strict test set out in *Nelles* has not been followed in other cases dealing with commissions of inquiry. In *Phillips, supra*, the Court refused, at para. 19, to suspend an inquiry which had the stated purpose of investigating the explosion at the Westray mine, including "(b) whether the occurrence was or was not preventable; (c) whether any neglect caused or contributed to the occurrence; . . . (f) whether there was compliance with applicable statutes, regulations, orders, rules, or directions. . . ."

49 In *O'Hara, supra*, an inquiry was upheld in circumstances where the commissioner was to report on whether a prisoner sustained injuries while detained in police custody, and if so, the extent of the injuries, the person or persons who inflicted them, and the reason they were inflicted. The Court made a distinction between inquiries aimed at answering broad policy questions and those with a predominantly criminal law purpose. The inquiry was upheld, despite the fact that it would inevitably lead to findings of misconduct against particular individuals, because it was not aimed at investi-

l'intégrité du gouvernement et de ses institutions ou à examiner le régime auquel les fonctionnaires publics sont assujettis. Ces objets sont manifestement accessoires à la caractéristique principale de l'enquête, qui consiste à mener une enquête et à constater des faits à l'égard de personnes nommément désignées au sujet d'une infraction criminelle précise.

La Cour a conclu que l'enquête était *ultra vires* de la province.

Ces deux enquêtes étaient manifestement exceptionnelles. Elles portaient sur des incidents particuliers et sur des personnes précises, concurremment à des enquêtes criminelles. Leurs conclusions ne pouvaient que nuire à la réputation des particuliers ou des parties et elles pouvaient fort bien être interprétées comme des déclarations de responsabilité par des citoyens. Dans ces circonstances, il y avait lieu d'adopter un critère strict pour protéger les personnes susceptibles de faire l'objet d'enquêtes criminelles. Ces commissions étaient toutefois très différentes des enquêtes générales telle celle sur la contamination des réserves de sang au Canada, en cause en l'espèce.

Le critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* n'a pas été suivi dans d'autres affaires portant sur des commissions d'enquête. Dans l'arrêt *Phillips, précité*, la Cour a refusé, au par. 19, de suspendre une enquête dont l'objet déclaré était de faire la lumière sur l'explosion survenue dans la mine Westray, notamment d'établir [TRADUCTION] «b) si ces faits auraient pu être évités; c) si la négligence a pu causer ces faits ou y contribuer; [. . .] f) si les lois, règlements, arrêtés, règles ou directives applicables ont été respectés».

Dans l'arrêt *O'Hara, précité*, notre Cour a confirmé la validité d'une enquête dans des circonstances où le commissaire devait faire rapport sur la question de savoir si un prisonnier avait subi des blessures pendant la période où il était détenu sous la garde de la police et, le cas échéant, sur l'étendue des blessures, sur la ou les personnes qui les lui avaient infligées et sur les raisons pour lesquelles celles-ci les lui avaient infligées. La Cour a établi une distinction entre les enquêtes visant à répondre à des questions de politique générales et celles dont l'objet relève principalement du droit

gating a specific crime, but rather at the broad goal of ensuring the proper treatment by police officers of persons in custody.

Nor was a strict approach taken in the earlier case of *Attorney General (Qué.) and Keable v. Attorney General (Can.)*, [1979] 1 S.C.R. 218, at pp. 226-27, where this Court upheld an inquiry into “the conduct of all persons involved in . . . [an] illegal entry made during January 1973 . . . setting fire to a farm . . . [and] theft of dynamite”.

Clearly, the findings that may be made in *Phillips* and that were made in *O'Hara and Keable* would fail the strict test set out in *Nelles* and referred to in *Starr*. Yet each of these commissioners has made or may make findings of misconduct, as authorized by the Act. This they could not and cannot do without stating findings of fact that are likely to have an adverse effect on the reputation of individuals. Nonetheless, the inquiries were upheld by this Court. It follows that the strict test advanced by the appellants cannot be of general application. A more flexible approach must be taken in cases where inquiries are general in nature, and are established for a valid public purpose and not as a means of furthering a criminal investigation.

What Can be Included in a Commissioner's Report?

What then can commissioners include in their reports? The primary role, indeed the *raison d'être*, of an inquiry investigating a matter is to make findings of fact. In order to do so, the commissioner may have to assess and make findings as to the credibility of witnesses. From the findings of fact the commissioner may draw appropriate conclusions as to whether there has been misconduct and who appears to be responsible for it. However,

pénal. L'enquête a été confirmée, même si elle devait inévitablement conduire à l'imputation d'une faute à des particuliers précis, parce qu'elle visait non pas un crime particulier, mais bien l'objectif plus large d'assurer un traitement adéquat aux personnes placées sous la garde d'agents de police.

Ce n'est pas non plus une approche stricte qui avait été retenue antérieurement dans l'affaire *Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)*, [1979] 1 R.C.S. 218, aux pp. 226 et 227, où notre Cour a confirmé la validité d'une enquête visant «le comportement de toutes les personnes impliquées dans . . . l'entrée illégale effectuée au cours du mois de janvier 1973, [. . .] l'incendie d'une ferme [. . .] [et] un vol de dynamite».

Manifestement, les conclusions qui peuvent être tirées dans l'affaire *Phillips* et celles qui l'ont été dans les affaires *O'Hara et Keable* ne satisferaient pas au critère strict établi dans l'arrêt *Nelles* et repris dans l'arrêt *Starr*. Pourtant, tous ces commissaires ont conclu ou peuvent conclure à l'existence d'une faute ainsi que les y habilite les dispositions de la Loi. Ils ne peuvent ni ne pourraient toutefois le faire sans énoncer des conclusions de fait susceptibles de ternir la réputation de certaines personnes. La validité de ces enquêtes a néanmoins été confirmée par notre Cour. Cela veut dire que le critère strict invoqué par les appelants ne peut recevoir une application générale. Il y a lieu d'adopter une approche plus souple dans les cas où les enquêtes sont de nature générale et sont établies pour atteindre un objet public valide et non comme moyen de faire avancer une enquête criminelle.

Qu'est-ce qui peut être inclus dans le rapport d'un commissaire?

Qu'est-ce que les commissaires peuvent donc inclure dans leurs rapports? Le rôle premier, voire la raison d'être d'une enquête sur une question donnée est de tirer des conclusions de fait. Pour ce faire, il se peut que le commissaire doive évaluer la crédibilité des témoins et en tirer des conclusions. À partir des conclusions de fait, le commissaire peut tirer les conclusions qui s'imposent sur l'existence ou non d'une faute et sur l'identité des per-

50

51

52

the conclusions of a commissioner should not duplicate the wording of the *Code* defining a specific offence. If this were done it could be taken that a commissioner was finding a person guilty of a crime. This might well indicate that the commission was, in reality, a criminal investigation carried out under the guise of a commission of inquiry. Similarly, commissioners should endeavour to avoid making evaluations of their findings of fact in terms that are the same as those used by courts to express findings of civil liability. As well, efforts should be made to avoid language that is so equivocal that it appears to be a finding of civil or criminal liability. Despite these words of caution, however, commissioners should not be expected to perform linguistic contortions to avoid language that might conceivably be interpreted as importing a legal finding.

53

Findings of misconduct should not be the principal focus of this kind of public inquiry. Rather, they should be made only in those circumstances where they are required to carry out the mandate of the inquiry. A public inquiry was never intended to be used as a means of finding criminal or civil liability. No matter how carefully the inquiry hearings are conducted they cannot provide the evidentiary or procedural safeguards which prevail at a trial. Indeed, the very relaxation of the evidentiary rules which is so common to inquiries makes it readily apparent that findings of criminal or civil liability not only should not be made, they cannot be made.

54

Perhaps commissions of inquiry should preface their reports with the notice that the findings of fact and conclusions they contain cannot be taken as findings of criminal or civil liability. A commissioner could emphasize that the rules of evidence and the procedure adopted at the inquiry are very different from those of the courts. Therefore, findings of fact reached in an inquiry may not necessarily be the same as those which would be reached in a court. This may help ensure that the public

sonnes qui semblent en être responsables. Les conclusions du commissaire ne devraient toutefois pas reprendre le libellé des dispositions du *Code* qui définissent une infraction précise, sinon on pourrait penser que le commissaire reconnaît une personne coupable d'un crime. Cela pourrait fort bien indiquer que la commission était en réalité une enquête pénale déguisée en commission d'enquête. De même, les commissaires devraient chercher à ne pas évaluer les conclusions de fait en des termes identiques à ceux qu'emploient les tribunaux pour conclure à la responsabilité civile. Ils devraient aussi s'efforcer d'éviter tout libellé si ambigu qu'il semble constituer une déclaration de responsabilité civile ou pénale. Malgré ces mises en garde toutefois, il ne faudrait pas imposer aux commissaires de s'astreindre à des contorsions linguistiques afin d'éviter un libellé qui pourrait bien être interprété comme comportant une conclusion légale.

L'imputation d'une faute ne devrait pas être l'objet principal de cette sorte d'enquête publique. Les conclusions faisant état d'une faute devraient plutôt n'être tirées que dans des circonstances où elles sont nécessaires pour la réalisation du mandat de la commission d'enquête. L'enquête publique n'est jamais instituée pour déterminer la responsabilité pénale ou civile. Peu importe le soin apporté à la conduite de ses audiences, jamais une enquête ne peut offrir les mêmes garanties qu'un procès en matière de preuve ou de procédure. En fait, l'assouplissement même des règles de preuve, si courant dans les enquêtes, indique de façon évidente non seulement que le commissaire ne devrait pas conclure à la responsabilité pénale ou civile, mais qu'il n'en a pas le pouvoir.

Peut-être y aurait-il lieu d'inviter les commissions d'enquête à inclure, dans la préface de leurs rapports, une note indiquant que la constatation des faits et les conclusions qu'ils comportent ne peuvent être considérées comme des déclarations de responsabilité pénale ou civile. Les commissaires pourraient souligner que les règles de preuve et de procédure adoptées lors de l'enquête sont très différentes de celles qui régissent les cours de justice et que, partant, il se peut que les conclusions

understands what the findings of a commissioner are — and what they are not.

The Need for Procedural Fairness

The findings of fact and the conclusions of the commissioner may well have an adverse effect upon a witness or a party to the inquiry. Yet they must be made in order to define the nature of and responsibility for the tragedy under investigation and to make the helpful suggestions needed to rectify the problem. It is true that the findings of a commissioner cannot result in either penal or civil consequences for a witness. Further, every witness enjoys the protection of the *Canada Evidence Act* and the *Charter* which ensures that the evidence given cannot be used in other proceedings against the witness. Nonetheless, procedural fairness is essential for the findings of commissions may damage the reputation of a witness. For most, a good reputation is their most highly prized attribute. It follows that it is essential that procedural fairness be demonstrated in the hearings of the commission.

Fairness in Notices

That same principle of fairness must be extended to the notices pertaining to misconduct required by s. 13 of the *Inquiries Act*. A commission is required to give parties a notice warning of potential findings of misconduct which may be made against them in the final report. As long as the notices are issued in confidence to the party receiving them, they should not be subject to as strict a degree of scrutiny as the formal findings. This is because the purpose of issuing notices is to allow parties to prepare for or respond to any possible findings of misconduct which may be made against them. The more detail included in the notice, the greater the assistance it will be to the party. In addition, the only harm which could be caused by the issuing of detailed notices would be

de fait tirées au cours d'une enquête ne correspondent pas nécessairement à celles qu'un tribunal aurait tirées. Cela pourrait aider le public à mieux comprendre ce que sont les conclusions d'un commissaire — et ce qu'elles ne sont pas.

L'exigence de l'équité procédurale

Il se peut fort bien que la constatation des faits et les conclusions du commissaire portent préjudice à un témoin ou à une partie à l'enquête. Il faut néanmoins les tirer pour que lumière soit faite sur la nature de la tragédie visée par l'enquête et les responsabilités engagées afin que puissent être formulées des suggestions utiles susceptibles de corriger le problème. Il est vrai que les conclusions d'un commissaire ne peuvent donner lieu à des conséquences pénales ou civiles pour un témoin. De plus, chaque témoin jouit de la protection que lui garantissent la *Loi sur la preuve au Canada* et la *Charte*, qui prévoient que son témoignage ne peut être utilisé dans d'autres procédures contre lui. Il n'en demeure pas moins que le respect de l'équité procédurale est un élément essentiel, puisque les conclusions d'une commission peuvent ternir la réputation d'un témoin. Une bonne réputation représentant la valeur la plus prisée par la plupart des gens, il est essentiel de démontrer le respect des principes de l'équité procédurale dans les audiences de la commission.

L'équité dans les préavis

Le même principe d'équité doit s'étendre aux préavis concernant la faute exigés par l'art. 13 de la *Loi sur les enquêtes*. Toute commission est tenue de donner aux parties un préavis les informant des conclusions faisant état d'une faute susceptibles d'être tirées à leur égard dans le rapport final. Tant qu'ils sont remis à la partie visée sous le sceau de la confidentialité, les préavis ne devraient pas être assujettis à un degré d'examen aussi strict que les conclusions finales. C'est que les préavis ont pour objet de permettre aux parties de se préparer ou de répondre aux conclusions faisant état d'une faute que la commission pourrait tirer à leur égard. Plus le préavis est détaillé, plus il peut être utile à la partie. En outre, le seul tort qui pourrait être causé par la délivrance de préavis détaillés se limite à la

55

56

to a party's reputation. But so long as notices are released only to the party against whom the finding may be made, this cannot be an issue. The only way the public could find out about the alleged misconduct is if the party receiving the notice chose to make it public, and thus any harm to reputation would be of its own doing. Therefore, in fairness to witnesses or parties who may be the subject of findings of misconduct, the notices should be as detailed as possible. Even if the content of the notice appears to amount to a finding that would exceed the jurisdiction of the commissioner, that does not mean that the final, publicized findings will do so. It must be assumed, unless the final report demonstrates otherwise, that commissioners will not exceed their jurisdiction.

Summary

57

Perhaps the basic principles applicable to inquiries held pursuant to Part I of the Act may be summarized in an overly simplified manner in this way:

- (a) (i) a commission of inquiry is not a court or tribunal, and has no authority to determine legal liability;
- (ii) a commission of inquiry does not necessarily follow the same laws of evidence or procedure that a court or tribunal would observe.
- (iii) It follows from (i) and (ii) above that a commissioner should endeavour to avoid setting out conclusions that are couched in the specific language of criminal culpability or civil liability. Otherwise the public perception may be that specific findings of criminal or civil liability have been made.
- (b) a commissioner has the power to make all relevant findings of fact necessary to explain or support the recommendations, even if these findings reflect adversely upon individuals;

réputation d'une partie. Mais tant que les préavis ne sont délivrés qu'à la partie susceptible d'être visée par une conclusion, il n'y a rien à redire. Le public ne peut prendre connaissance de la faute reprochée que si la partie ayant reçu le préavis choisit de le rendre public, auquel cas elle est elle-même responsable du tort ainsi causé à sa réputation. Par conséquent, en toute justice pour les témoins ou les parties qui peuvent faire l'objet de conclusions faisant état d'une faute, les préavis devraient être le plus détaillés possible. Même si les allégations exposées dans les préavis semblent équivaloir à une conclusion qui risque d'outrepasser la compétence du commissaire, cela ne signifie pas qu'il en serait ainsi des conclusions finales destinées à être divulguées. Il faut supposer, jusqu'à preuve du contraire à la communication du rapport final, que les commissaires n'outrepasseront pas leurs pouvoirs.

Sommaire

Les principes de base applicables aux enquêtes menées en vertu de la partie I de la Loi peuvent être résumés très sommairement de la façon suivante:

- a) (i) la commission d'enquête ne constitue pas une cour de justice ni un tribunal, et n'est aucunement habilitée à déterminer la responsabilité légale;
- (ii) la commission d'enquête ne suit pas nécessairement les mêmes règles de preuve ou de procédure qu'une cour de justice ou un tribunal;
- (iii) étant donné les points (i) et (ii) susmentionnés, le commissaire devrait s'efforcer de ne pas exprimer ses conclusions selon le libellé précis de la culpabilité criminelle ou de la responsabilité civile, sinon ses conclusions risquent d'être perçues par le public comme des déclarations de responsabilité criminelle ou civile;
- b) le commissaire a le pouvoir de tirer toutes les conclusions de fait pertinentes qui sont nécessaires pour expliquer ou appuyer les recommandations, même si ces conclusions peuvent nuire à la réputation de certaines personnes;

- (c) a commissioner may make findings of misconduct based on the factual findings, provided that they are necessary to fulfill the purpose of the inquiry as it is described in the terms of reference;
- (d) a commissioner may make a finding that there has been a failure to comply with a certain standard of conduct, so long as it is clear that the standard is not a legally binding one such that the finding amounts to a conclusion of law pertaining to criminal or civil liability;
- (e) a commissioner must ensure that there is procedural fairness in the conduct of the inquiry.
- c) le commissaire peut conclure à l'existence d'une faute sur la foi des conclusions de fait, pourvu que ces conclusions soient nécessaires à la réalisation de l'objet de l'enquête tel qu'il est décrit dans le mandat;
- d) le commissaire peut conclure qu'il y a eu manquement à une norme de conduite, pourvu qu'il ressorte clairement qu'il ne s'agit pas d'une norme légalement contraignante telle que la conclusion soit assimilable à une conclusion de droit au sujet de la responsabilité criminelle ou civile;
- e) le commissaire doit assurer le respect de l'équité procédurale dans le déroulement de l'enquête.

C. Application of the Principles to the Case at Bar

It must be remembered that in this case, the challenge brought by the appellants was triggered not by any findings of the Commission but by the s. 13 notices. Therefore, these reasons are not concerned with any challenge to the contents of the commission report or any specific findings. It will also be remembered that the Commissioner very properly stated that he would not be making findings of civil or criminal responsibility. In the interests of fairness to the parties and witnesses, the Commissioner must be bound by these statements and I am certain he will honour them. It follows that it is not appropriate in these reasons to deal with the ultimate scope of the findings that a commissioner might make in a report. The resolution of this issue will so often be governed by the nature and wording of the mandate of the commissioner and will have to be decided on that basis in each case.

The question then is whether the Commissioner exceeded his jurisdiction in the notices delivered to the appellants; I think not. The potential findings of misconduct cover areas that were within the Commissioner's responsibility to investigate. The mandate of the Inquiry was extremely broad, requiring the Commissioner to review and report on "the events surrounding the contamination of

C. Application des principes à la présente espèce

Il faut se rappeler qu'en l'espèce la contestation engagée par les appelants découlait non des conclusions de la commission, mais bien des préavis donnés en application de l'art. 13. Par conséquent, les présents motifs ne portent aucunement sur la contestation du contenu du rapport de la commission ni de quelque conclusion précise. Il faut aussi se rappeler que le commissaire a déclaré, comme il se devait, qu'il ne tirerait pas de conclusions au sujet de la responsabilité civile ou pénale. Dans l'intérêt de l'équité à l'endroit des parties et des témoins, le commissaire doit être lié par ces déclarations et je suis certain qu'il les respectera. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner dans les présents motifs la question de l'étendue maximale des conclusions qu'un commissaire peut tirer dans un rapport. La solution à cette question sera souvent fonction de la nature et de la formulation du mandat du commissaire, et il faudra trancher sur cette base dans chaque cas.

Il s'agit donc de savoir si le commissaire a outrepassé sa compétence dans les préavis délivrés aux appelants; j'opine pour la négative. Les conclusions faisant état d'une faute qui pourraient être tirées couvrent des domaines qui relevaient de la mission du commissaire. Le mandat de la commission était extrêmement vaste et il obligeait le commissaire à faire enquête et rapport sur «les événe-

the blood system in Canada in the early 1980s, by examining . . . the organization and effectiveness of past and current systems designed to supply blood and blood products in Canada". This must encompass a review of the conduct and practices of the institutions and persons responsible for the blood system. The content of the notices does not indicate that the Commissioner investigated or contemplated reporting on areas that were outside his mandate.

60 If the Commissioner's report had made findings worded in the same manner as the notices, then further consideration might have been warranted. However, the appellants launched this application before the Commissioner's findings had been released. Therefore, it is impossible to say what findings he will make or how they will be framed. Quite simply the appellants have launched their challenge prematurely. As a general rule, a challenge such as this should not be brought before the publication of the report, unless there are reasonable grounds to believe that the Commissioner is likely to exceed his or her jurisdiction.

61 Even if it could be said that the challenge was not premature, the notices are not objectionable. They indicated that there was a possibility that the Commissioner would make certain findings of fact which might amount to misconduct. While they are not all worded in the same manner, the reproduction of some of them may help illustrate the basis for this conclusion. Many of the doctors and the Red Cross received notice of a general allegation that they:

... failed adequately to oversee, direct and provide resources for the operation of the Blood Transfusion Service (BTS) and Blood Donor Recruitment (BDR) at both the national and local level, and as a result contributed to and are responsible for the failures set out below. . . .

This was followed by a series of specific allegations, such as the following:

ments entourant la contamination de réserves de sang au début des années 1980, en examinant [. . .] l'organisation et l'efficacité des systèmes actuels et antérieurs d'approvisionnement en sang et en produits du sang au Canada». Cela doit englober l'examen de la conduite et des pratiques des institutions et des personnes responsables du système d'approvisionnement en sang. Le contenu des préavis n'indique aucunement que le commissaire ait enquêté ou songé à faire rapport dans des domaines qui étaient extérieurs à son mandat.

Si le commissaire avait tiré dans son rapport des conclusions formulées de la même façon que les préavis, un examen plus approfondi aurait pu être justifié. Toutefois, les appelants ont présenté leur demande avant la communication des conclusions du commissaire. Par conséquent, il est impossible de dire quelles conclusions il tirera ni comment il les formulera. À vrai dire, les appelants ont engagé leur contestation prématurément. En règle générale, une contestation comme celle-ci ne devrait pas être engagée avant la publication du rapport, à moins que les parties n'aient des motifs raisonnables de croire que le commissaire outrepassera probablement sa compétence.

À supposer même que la contestation ne soit pas prématurée, les préavis ne sont pas attaquables. Ils annonçaient qu'il se pouvait que le commissaire tire certaines conclusions de fait susceptibles d'être assimilées à l'imputation d'une faute. Même s'ils ne sont pas tous libellés de la même manière, il peut être utile d'en reprendre certains pour illustrer le fondement de la présente conclusion. Bon nombre des médecins ainsi que la Croix-Rouge ont reçu un préavis qui incluait une allégation générale portant qu'ils:

[TRADUCTION] . . . ont omis d'assurer adéquatement la surveillance, la direction et l'apport de ressources pour le fonctionnement du Service des transfusions sanguines (STS) et du programme de recrutement de donneurs de sang (PRDS) à l'échelle nationale comme locale, et, par conséquent, ont contribué aux déficiences énoncées plus loin, pour lesquelles ils sont responsables . . .

Cette allégation était suivie d'allégations particulières comme celle qui suit:

Red Cross

5. The CRC failed to implement in a timely manner, during January 13 — March 10, 1983, any national donor-screening measures to reduce the risk of transfusion-associated AIDS, this failure causing unnecessary cases of transfusion-associated HIV infection and AIDS to occur.

The notice served on the appellant Baxter contained only one allegation:

1. After becoming aware in 1982 and thereafter of the possibility or likelihood that its factor concentrates transmitted the causative agent of AIDS, Baxter failed to take adequate steps to notify consumers and physicians of the risks associated with the use of its products and to advise that they consider alternative therapies.

It will be remembered that the Commissioner, from the outset of the Inquiry, wisely emphasized that he did not have the intention or the authority to make any legal determinations. Rather, his stated goal was to examine what went wrong with the blood system in the 1980s and to assess ways of resolving the problems in order to protect the blood system in the future. Thus, it was clear from the beginning that his findings would have nothing to do with criminal or civil liability.

Further, while many of the notices come close to alleging all the necessary elements of civil liability, none of them appears to exceed the Commissioner's jurisdiction. For example, if his factual findings led him to conclude that the Red Cross and its doctors failed to supervise adequately the Blood Transfusion Service and Blood Donor Recruitment, it would be appropriate and within his mandate to reach that conclusion. Some of the appellants object to the use of the word "failure" in the notices; I do not share their concern. As the Court of Appeal pointed out, there are many different types of normative standards, including moral, scientific and professional-ethical. To state that a person "failed" to do something that should have been done does not necessarily mean that the person breached a criminal or civil standard of conduct. The same is true of the word "responsible".

[TRADUCTION] Croix-Rouge

5. La CRC a omis de mettre en œuvre, en temps utile, au cours de la période du 13 janvier au 10 mars 1983, des mesures nationales de sélection des donneurs pour réduire le risque de transmission du SIDA lié aux transfusions, omission qui a donné lieu à des cas d'infection par le VIH liée aux transfusions et de SIDA qui n'auraient pas dû se produire.

Le préavis signifié à l'appelante Baxter ne comportait qu'une allégation:

[TRADUCTION] 1. Après avoir pris connaissance en 1982 et par la suite de la possibilité ou de la probabilité que ses concentrés de facteur transmettent l'agent responsable du SIDA, Baxter a omis de prendre les mesures adéquates pour aviser les consommateurs et les médecins des risques liés à l'utilisation de ses produits et de leur conseiller d'envisager d'autres thérapies.

Il faut se rappeler que le commissaire a, dès le début de l'enquête, souligné avec sagesse qu'il n'avait ni l'intention ni le pouvoir de tirer des conclusions de droit. L'objectif précis visé était plutôt d'examiner les défaillances du système d'approvisionnement en sang au début des années 1980 et d'évaluer les solutions à apporter aux problèmes afin de protéger les réserves de sang à l'avenir. Il était par conséquent clair d'entrée de jeu que ses conclusions n'auraient rien à voir avec la responsabilité pénale ou civile.

De plus, même si bon nombre des préavis ne sont pas loin d'alléguer tous les éléments nécessaires de la responsabilité civile, aucun ne paraît excéder la compétence du commissaire. Si, par exemple, les conclusions de fait du commissaire l'amenaient à conclure que la Croix-Rouge et ses médecins ont omis de surveiller adéquatement le fonctionnement du Service des transfusions sanguines et le programme de recrutement de donneurs de sang, il lui serait loisible, aux termes de son mandat, de tirer cette conclusion. Certains des appelants s'opposent à l'emploi du terme [TRADUCTION] «déficiences» dans les préavis; je ne partage pas leur appréhension. Comme l'a souligné la Cour d'appel, il existe plusieurs types différents de critères normatifs, y compris d'ordre moral, scientifique, professionnel et déontologique. Déclarer qu'une personne a «omis» de faire quelque chose

Unless there is something more to indicate that the recipient of the notice is legally responsible, there is no reason why this should be presumed. It was noted in *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440, at p. 455:

A fact taken by itself apart from any notion of legal obligations has no meaning in itself and cannot be a cause; it only becomes a legal fact when it is characterized in accordance with some rule of law. The same body of facts may well be characterized in a number of ways and give rise to completely separate causes. . . .

[I]t is by the intellectual exercise of characterization, of the linking of the fact and the law, that the cause is revealed.

While the Court in *Rocois* was concerned only with facts, I believe the same principle can be applied to conclusions of fault based on standards of conduct. Unless there is something to show that the standard applied is a legal one, no conclusion of law can be said to have been reached.

63

There are phrases which, if used, might indicate a legal standard had been applied, such as a finding that someone “breached a duty of care”, engaged in a “conspiracy”, or was guilty of “criminal negligence”. None of these words has been used by the Commissioner. The potential findings as set out in the notices may imply civil liability, but the Commissioner has stated that he will not make a finding of legal liability, and I am sure he will not. In my view, no error was made by the Commissioner in sending out these notices.

If the Commissioner Originally had such Jurisdiction, did he Lose it by Failing to Provide Adequate Procedural Protections or by the Timing of the Release of the Notices?

qui aurait dû être fait ne signifie pas nécessairement que cette personne a manqué à une norme de conduite au criminel ou au civil. Il en va de même du terme «responsable». À moins qu'un élément supplémentaire ne vienne préciser que le destinataire du préavis est légalement responsable, il n'y a aucune raison de présumer qu'il en est ainsi. C'est ce qui a été souligné dans l'arrêt *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440, à la p. 455:

Le fait détaché du domaine des obligations juridiques n'est pas significatif en soi et ne saurait constituer une cause; il ne devient fait juridique qu'en vertu d'une qualification qu'on lui attribue à la lumière d'une règle de droit. Le même ensemble de faits peut très bien se voir attribuer plusieurs qualifications donnant lieu à des causes parfaitement distinctes . . .

[C]'est par l'exercice intellectuel de la qualification, de la liaison entre le fait et le droit que la cause se révèle.

Bien que dans *Rocois*, la Cour ne se soit penchée que sur des faits, je crois que les mêmes principes peuvent s'appliquer à des constatations de faute fondées sur des normes de conduite. À moins que quelque chose n'indique que la norme appliquée est une norme juridique, nul ne peut prétendre qu'une conclusion de droit a été tirée.

Il est des expressions qui, si elles étaient employées, pourraient indiquer qu'une norme juridique a été appliquée, notamment si une conclusion portait que quelqu'un a «manqué à une obligation de diligence», a participé à un «complot», ou s'est rendu coupable de «négligence criminelle». Le commissaire n'a employé aucune de ces expressions. Les conclusions éventuelles décrites dans les préavis peuvent suggérer la responsabilité civile, mais le commissaire a déclaré qu'il ne tirerait pas de conclusion au sujet de la responsabilité en droit, et je suis convaincu qu'il ne le fera pas. À mon avis, le commissaire n'a commis aucune erreur en expédiant ces préavis.

Si le commissaire avait initialement cette compétence, l'a-t-il perdue en omettant de donner des garanties procédurales adéquates ou en fixant une date tardive pour la délivrance des préavis?

a. Procedural Protections

The appellants argue that they did not have the benefit of adequate procedural protections. As a result, they contend that the Commissioner has lost the authority to make the type of findings which are referred to in the notices. They submit that they interpreted comments made by the Commissioner during the Inquiry as assurances that he had no intention of making the type of findings suggested by the notices. If these assurances had not been given the appellants say that they would have insisted upon tighter evidentiary procedures, greater ability to cross-examine, and other procedural protections.

Yet the three corporate appellants were not uninformed bystanders. Rather, they had detailed and intimate knowledge of the blood system, of the terrible tragedy resulting from its contamination with HIV, and of the public outcry and investigation which followed. The Canadian Red Cross Society and Bayer Inc. participated in the proceedings of the Inquiry. As a result it is difficult to accept that they could have been surprised by the fact that the notices were critical. In fact, the prospect of the Commissioner's ultimately making findings adverse to a witness was specifically raised by counsel for the Red Cross during discussions among counsel in November 1993 concerning the procedural rules. In response, counsel for the Commission referred to s. 13 of the Act and indicated that a notice would have to be provided to any party who might face an adverse finding. No concern about the procedure was raised at that time. The third corporate appellant, Baxter Corporation, was not involved in the meeting and was not a party at the Inquiry. However, it knew about the Inquiry and its goals, and participated by offering witnesses and entering documentary evidence.

The position of the intervener the Canadian Hemophilia Society is both illuminating and helpful on this point. Like the appellants, the Society

a. Garanties procédurales

Les appelants prétendent ne pas avoir bénéficié de garanties procédurales adéquates. Le commissaire aurait donc, selon eux, perdu le pouvoir de tirer le type de conclusions mentionnées dans les préavis. Ils auraient interprété les commentaires faits par le commissaire au cours de l'enquête comme des assurances que celui-ci n'entendait aucunement tirer le type de conclusions évoquées dans les préavis. Les appelants prétendent que si ces assurances ne leur avaient pas été données, ils auraient insisté pour obtenir des procédures plus strictes en matière de preuve, plus de latitude dans leur pouvoir de contre-interroger et d'autres garanties procédurales.

Pourtant, les trois sociétés appelantes n'étaient pas de simples spectateurs mal renseignés. Au contraire, elles avaient une connaissance détaillée et approfondie du système d'approvisionnement en sang, de la terrible tragédie engendrée par la contamination du sang par le VIH ainsi que du tollé général et de l'enquête qui ont suivi. La Société canadienne de la Croix-Rouge et Bayer Inc. ont participé aux procédures de l'enquête. Voilà pourquoi il est difficile d'accepter qu'elles aient été surprises par le caractère critique des préavis. En fait, la possibilité que le commissaire tire finalement des conclusions défavorables à l'endroit d'un témoin a expressément été soulevée par les avocats de la Croix-Rouge lors des discussions tenues entre les procureurs en novembre 1993 au sujet des règles de procédure. En réponse, les avocats de la commission ont cité l'art. 13 de la Loi et indiqué qu'un préavis devait être signifié à toute partie susceptible d'être visée par une conclusion défavorable. Aucune préoccupation relative à la procédure n'a été soulevée à l'époque. La troisième société appelante, Baxter Corporation, n'a pas participé à cette rencontre ni comparu à titre de partie à l'enquête. Elle était toutefois au courant de l'enquête et de ses objets, et elle y a pris part en produisant des témoins et des éléments de preuve documentaire.

La position de la Société canadienne de l'hémo-philie, intervenante, est à la fois éclairante et utile sur ce point. À l'instar des appelants, la Société a

64

65

66

received a notice of a potential finding of misconduct. The Society was a party to the Inquiry, and accepted and adapted to the same procedures as the appellants. However, unlike the appellants, it continues to support the Commissioner's right to make findings of misconduct. The Society submitted and confirmed that the practices and procedures adopted at the Inquiry were, in light of its mandate, fair and appropriate. As well, it emphasized that it knew from the outset of the Inquiry that there was a risk that the Commissioner would make findings of misconduct against the group as a result of its involvement in the Canadian blood system.

67

Significantly, the procedural protections offered to parties to the Inquiry and to individual witnesses were extensive and exemplary. The Commission, with the full consent of the parties, offered a commendably wide range of protections. For example;

all parties with standing and all witness appearing before the Inquiry had the right to counsel, both at the Inquiry and during their pre-testimony interviews;

each party had the right to have its counsel cross-examine any witness who testified, and counsel for a witness who did not have standing was afforded the right to examine that witness;

all parties had the right to apply to the Commissioner to have any witness called whom Commission counsel had elected not to call;

all parties had the right to receive copies of all documents entered into evidence and the right to introduce their own documentary evidence;

all hearings would be held in public unless application was made to preserve the confidentiality of information; and

although evidence could be received by the Commissioner that might not be admissible in a court of law, the Commissioner would be mind-

reçu un préavis annonçant l'éventuelle imputation d'une faute. La Société était partie à l'enquête, elle a accepté les mêmes procédures que les appelants et elle s'y est adaptée. Toutefois, contrairement aux appelants, elle continue à appuyer le droit du commissaire de conclure à l'existence d'une faute. La Société a prétendu et confirmé que les pratiques et procédures adoptées à l'enquête étaient, compte tenu du mandat de la commission, justes et appropriées. Elle a en outre souligné qu'elle savait dès le début de l'enquête qu'il y avait un risque que le commissaire impute une faute au groupe dans ses conclusions par suite de sa participation au système canadien d'approvisionnement en sang.

Fait significatif, les garanties procédurales offertes aux parties à l'enquête et aux particuliers appelés à témoigner étaient étendues et exemplaires. La commission, avec l'accord unanime des parties, a offert une gamme de protections digne de louanges. À titre d'exemple:

toutes les parties ayant qualité pour agir et tous les témoins assignés devant la commission d'enquête avaient le droit d'être représentés par un avocat, lors de l'enquête comme lors de leur entrevue préalable;

chaque partie avait le droit de faire contre-interroger par son avocat tout témoin ayant déposé, et l'avocat d'un témoin qui n'avait pas qualité pour agir avait le droit d'interroger ce témoin;

toutes les parties avaient le droit de demander au commissaire d'assigner des témoins que l'avocat de la commission n'avait pas jugé bon d'appeler;

toutes les parties avaient le droit de recevoir des copies de tous les documents déposés en preuve et le droit de déposer leurs propres éléments de preuve documentaire;

toutes les audiences devaient se dérouler en public, sauf en cas de demande visant à préserver le caractère confidentiel des renseignements;

même s'il pouvait recevoir des éléments de preuve susceptibles d'être jugés irrecevables devant une cour de justice, le commissaire

ful of the dangers of such evidence and, in particular, its possible effect on reputation.

These procedures were adopted on a consensual basis, after a meeting with all parties to determine which protections would be required. I am not sure what further protections the appellants could have realistically expected. The procedure adopted was eminently fair and any objections to it must be rejected. Nor can I accept that the appellants could have been misled or that they suffered prejudice as a result of any "misunderstanding" about the type of findings which would be made by the Commissioner. That submission as well must be rejected.

b. Timing of the Notices

The appellants submit that because the Commissioner waited until the last day of hearings to issue notices identifying potential findings of misconduct which might be made against them, their ability to cross-examine witnesses effectively and present evidence was compromised. They submit that there is no longer any opportunity to cure the prejudice caused by the late delivery of the notices, and that they must therefore be quashed. For the following reasons, I must disagree.

There is no statutory requirement that the commissioner give notice as soon as he or she foresees the possibility of an allegation of misconduct. While I appreciate that it might be helpful for parties to know in advance the findings of misconduct which may be made against them, the nature of an inquiry will often make this impossible. Broad inquiries are not focussed on individuals or whether they committed a crime; rather they are concerned with institutions and systems and how to improve them. It follows that in such inquiries there is no need to present individuals taking part in the inquiry with the particulars of a "case to meet" or notice of the charges against them, as there would be in criminal proceedings. Although the notices should be given as soon as it is feasible,

devait tenir compte des risques d'une telle preuve et, en particulier, de son effet sur la réputation d'une personne.

Ces procédures ont été adoptées par consensus, après une rencontre de toutes les parties visant à déterminer quelles garanties étaient nécessaires. Je ne saurais dire quelles autres garanties les appelants pouvaient, de façon réaliste, s'attendre à obtenir. La procédure adoptée était éminemment juste et toute objection à son égard doit être rejetée. Je ne puis non plus accepter que les appelants aient pu être induits en erreur ou aient pu subir quelque préjudice par suite d'un «malentendu» au sujet du type de conclusions que le commissaire pouvait tirer. Cette prétention doit-elle aussi être rejetée.

b. Moment choisi pour les préavis

Les appelants font valoir que parce que le commissaire a attendu jusqu'au dernier jour des audiences pour signifier les préavis de conclusions faisant état d'une faute qui pourraient être tirées à leur égard, leur capacité de contre-interroger efficacement les témoins et de présenter des éléments de preuve a été compromise. Ils prétendent qu'il leur est désormais impossible de réparer le préjudice causé par la signification tardive des préavis et que, partant, il y a lieu de les annuler. Pour les raisons que j'exposerai ici, je ne puis accepter ces prétentions.

La Loi n'exige pas que le commissaire donne les préavis dès qu'il prévoit la possibilité d'une allé- gation de faute. Même si je conçois qu'il pourrait être utile pour les parties de connaître d'avance les conclusions faisant état d'une faute dont elles pourraient faire l'objet, il arrive souvent que la nature même d'une enquête empêche de procéder de la sorte. Les enquêtes générales ne portent pas sur des personnes particulières ni sur la question de savoir si elles ont perpétré des crimes; elles visent plutôt des institutions et des systèmes et cherchent les moyens de les améliorer. Il s'ensuit que dans de telles enquêtes, il n'est pas nécessaire de présenter à des particuliers qui prennent part à l'enquête les détails d'une «thèse à infirmer» ou un préavis des chefs d'accusation qui peuvent être portés contre

it is unreasonable to insist that the notice of misconduct must always be given early. There will be some inquiries, such as this one, where the Commissioner cannot know what the findings may be until the end or very late in the process. So long as adequate time is given to the recipients of the notices to allow them to call the evidence and make the submissions they deem necessary, the late delivery of notices will not constitute unfair procedure.

70 The timing of notices will always depend upon the circumstances. Where the evidence is extensive and complex, it may be impossible to give the notices before the end of the hearings. In other situations, where the issue is more straightforward, it may be possible to give notice of potential findings of misconduct early in the process. In this case, where there was an enormous amount of information gathered over the course of the hearings, it was within the discretion of the Commissioner to issue notices when he did. As Décaré J.A. put it at para. 79:

... the Commissioner enjoys considerable latitude, and is thereby permitted to use the method best suited to the needs of his inquiry. I see no objection in principle to a commissioner waiting until the end of the hearings, when he or she has all the information that is required, to give notices, rather than taking a day to day approach to it, with the uncertainty and inconvenience that this might involve.

In light of the nature and purposes of this Inquiry, it was impossible to give adequate detail in the notices before all the evidence had been heard. In the context of this Inquiry the timing of the notices was not unfair.

71 Further, the appellants were given an adequate opportunity to respond to the notices, and to adduce additional evidence, if they deemed it necessary. The notices were delivered on December 21, 1995, and parties were initially given until

elles, comme ce le serait dans le cas de poursuites pénales. Même si les préavis devraient être donnés dès que possible, il est déraisonnable d'insister pour que les préavis de conclusion faisant état d'une faute soient toujours donnés hâtivement. Il est des enquêtes, comme celle-ci, où le commissaire ne peut savoir quelles seront les conclusions avant la fin ou une étape avancée du processus. Tant que les personnes visées par ces préavis ont suffisamment de temps pour pouvoir appeler des témoins et présenter les observations qu'elles estiment nécessaires, la signification tardive des préavis ne constitue pas une procédure inéquitable.

La date de signification des préavis dépend toujours des circonstances. Lorsque la preuve est vaste et complexe, il peut être impossible de donner les préavis avant la fin des audiences. Dans d'autres situations, lorsque la question est plus simple, il peut être possible de donner un préavis des éventuelles conclusions faisant état d'une faute plus tôt au cours du processus. Dans la présente espèce, marquée par une masse énorme de renseignements recueillis au cours des audiences, le commissaire avait le pouvoir discrétionnaire de délivrer les préavis au moment où il l'a fait. Comme l'a dit le juge Décaré au par. 79:

... le Commissaire bénéficie d'une latitude considérable, qui lui permet d'utiliser la méthode qui s'adapte le mieux aux besoins de son enquête. Je ne vois ainsi aucune objection de principe à ce qu'un commissaire, au lieu d'y aller au jour le jour avec les incertitudes et les inconvénients que cela peut comporter, attende la fin des audiences, au moment où il dispose de toutes les informations dont il a besoin, avant de donner des préavis.

Compte tenu de la nature et des objets de la présente enquête, il était impossible de donner des détails adéquats dans les préavis avant que toute la preuve n'ait été entendue. Dans le contexte de la présente enquête, la date des préavis n'était pas inéquitable.

De plus, les appelants disposaient d'une possibilité adéquate de répondre aux préavis et de produire les éléments de preuve supplémentaires qu'ils pouvaient juger nécessaires. Les préavis ont été signifiés le 21 décembre 1995, et les parties

January 10, 1996 to decide whether and how they would respond. This period was then extended following requests from the parties. The time permitted for the response was adequate. It cannot be said that the timing of the delivery of the notices amounted to a violation of procedural fairness.

Should Commission Counsel be Prohibited from Taking Part in the Drafting of the Final Report Because of their Receipt of Confidential Information not Disclosed to the Commissioner or the Other Parties?

The appellant Red Cross Society argues that because Commission counsel received confidential documents concerning allegations against the appellants, they should be forbidden from taking part in the drafting of the report. This argument too is premature, because there is no indication that the Commissioner intends to rely upon his counsel to draft the final report. In addition, it is not clear from the record what was contained in the confidential submissions reviewed by counsel. If the submissions were composed merely of suggested allegations, then I do not believe that there is any merit to this complaint. However, in the unlikely event that the submissions also included material that was not disclosed to the parties, there could well be valid cause for concern. As Décary J.A. put it at para. 103:

The method adopted at the very end of the hearings for inviting submissions from the parties was particularly dangerous in that it opened the door to the possibility that a person in respect of whom unfavourable findings of fact would be made in the final report might not have had knowledge of all of the evidence relating to that person.

If the submissions did contain new, undisclosed and untested evidence, the Commissioner should not seek advice regarding the report from counsel who received the confidential submissions.

avaient à l'origine jusqu'au 10 janvier 1996 pour décider si et comment elles entendaient répondre. Ce délai a été prorogé à la demande des parties. Le délai imparti pour répondre était adéquat. L'on ne peut dire que la date retenue pour la signification des préavis a constitué une dérogation aux principes de l'équité procédurale.

Y a-t-il lieu d'interdire aux avocats de la commission de prendre part à la rédaction du rapport final parce qu'ils ont reçu des renseignements confidentiels qui n'ont pas été communiqués au commissaire ni aux autres parties?

La Croix-Rouge appelante prétend que parce que les avocats de la commission ont reçu des documents confidentiels relatifs aux allégations portées contre les appelants, on devrait les empêcher de prendre part à la rédaction du rapport. Cet argument est également prématuré car rien n'indique que le commissaire entend faire appel à ses avocats pour la rédaction du rapport final. De plus, le dossier ne révèle pas clairement la teneur des observations confidentielles examinées par les avocats. Si les observations se limitaient uniquement à des suggestions d'allégations, alors je crois que la présente plainte est sans fondement. Toutefois, dans l'hypothèse improbable où les observations auraient aussi compris des éléments qui n'ont pas été communiqués aux parties, il pourrait y avoir motif valable de s'inquiéter. Ainsi que l'a dit le juge Décary au par. 103:

La méthode employée à la toute fin des audiences pour recueillir les observations des parties était particulièrement dangereuse car elle ouvrait la porte à la possibilité qu'une personne à l'égard de laquelle des conclusions de fait défavorables seraient tirées dans le rapport final n'ait pas eu connaissance de toute la preuve qui la concernait.

Si les observations comprenaient des éléments de preuve nouveaux, non communiqués ni vérifiés, le commissaire ne devrait pas demander aux avocats qui ont reçu les observations confidentielles de le conseiller au sujet de la rédaction du rapport.

Should the Appellant Baxter Corporation be Treated Differently From the Other Appellants?

73 The appellant Baxter Corporation argued that it should be treated differently from the other appellants because it was not a party before the Inquiry and was therefore unrepresented during the hearings. It submits that its position is analogous to that of Craig Anhorn, whose notice was quashed by the Court of Appeal because he took part in the Inquiry without realizing that he was a potential target of the investigation.

74 The Court of Appeal dismissed this argument, holding that Baxter Corporation's name had appeared in the Wilbee Report which preceded and prompted this Inquiry, and that it must therefore have realized that its conduct would be under scrutiny in the proceedings. Baxter Corporation, it held, took a calculated risk and elected not to seek standing before the Commission. It should not now be allowed to escape the consequences of that decision.

75 I agree with this conclusion. I believe that a private individual such as Craig Anhorn is in a very different situation from that of a large corporation which must have known from the outset what was at stake in the Inquiry, and made a calculated decision not to participate. I do not believe that Baxter Corporation should be treated any differently than the other appellants and would dismiss this ground of appeal.

Disposition

76 I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants the Canadian Red Cross Society, George Weber, Dr. Roger A. Perrault, Dr. Martin G. Davey, Dr. Terry Stout, Dr. Joseph Ernest Côme Rousseau, Dr. Noel Adams Buskard, Dr. Raymond M. Guevin, Dr. John Sinclair MacKay, Dr. Max Gorelick, Dr. Roslyn Herst

L'appelante Baxter Corporation devrait-elle être traitée différemment des autres appelants?

L'appelante Baxter Corporation a fait valoir qu'elle devrait être traitée différemment des autres appelants parce qu'elle n'était pas une partie à l'enquête et que, partant, elle n'a pas été représentée au cours des audiences. Elle prétend que sa position est analogue à celle de Craig Anhorn, dont le préavis a été annulé par la Cour d'appel parce qu'il a pris part à la commission sans se rendre compte du risque d'être lui-même visé par l'enquête.

La Cour d'appel a rejeté cet argument parce que le nom de Baxter Corporation figurait dans le rapport Wilbee qui est à l'origine de la présente commission d'enquête et que, partant, Baxter devait savoir que sa conduite serait examinée au cours de l'enquête. Baxter Corporation avait, selon la cour, pris un risque calculé et choisi de ne pas faire reconnaître sa qualité pour agir devant la commission. Elle ne devrait pas pouvoir maintenant se soustraire aux conséquences de cette décision.

Je suis d'accord avec cette conclusion. Je crois qu'une personne physique comme Craig Anhorn se trouve dans une situation très différente de celle d'une grande société qui aurait dû savoir dès le départ ce qui était en jeu dans l'enquête et qui a pris le risque calculé de ne pas y participer. Je ne crois pas que Baxter Corporation devrait être traitée différemment des autres appelants et je suis d'avis de rejeter ce moyen d'appel.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants la Société canadienne de la Croix-Rouge, George Weber, le docteur Roger A. Perrault, le docteur Martin G. Davey, le docteur Terry Stout, le docteur Joseph Ernest Côme Rousseau, le docteur Noel Adams Buskard, le docteur Raymond M. Guevin, le docteur John

and Dr. Andrew Kaegi: Lerner & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Bayer Inc.: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitors for the appellant Baxter Corporation: Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Hemophilia Society: Blake, Cassels & Graydon, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Aids Society: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Solicitors for the intervener Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR: Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort, Saskatchewan.

Solicitors for the intervener the HIV-T Group (Blood Transfused): Goodman and Carr, Toronto.

Solicitor for the Intervener Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society: David Harvey, Burlington.

Solicitors for the intervener the Hepatitis C Survivors' Society: Tinkler, Morris, Toronto.

Solicitor for the intervener the Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs: Pierre R. Lavigne, Ottawa.

Solicitors for the intervener Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Sinclair MacKay, le docteur Max Gorelick, le docteur Roslyn Herst et le docteur Andrew Kaegi: Lerner & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelante Bayer Inc.: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureurs de l'appelante Baxter Corporation: Blaney, McMurtry, Stapells, Friedman, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Genest, Murray, DesBrisay, Lamek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne de l'hémophilie: Blake, Cassels & Graydon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott, Rodrigues, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Hemophiliacs Infected with HIV, T-COR: Kapoor, Selnes, Klimm & Brown, Melfort, Saskatchewan.

Procureurs de l'intervenante HIV-T Group (Blood Transfused): Goodman and Carr, Toronto.

Procureur de l'intervenante Toronto and Central Ontario Regional Hemophilia Society: David Harvey, Burlington.

Procureurs de l'intervenante la Société des survivant(e)s d'hépatite C: Tinkler, Morris, Toronto.

Procureur de l'intervenante Hepatitis C Group of Transfusion Recipients & Hemophiliacs: Pierre R. Lavigne, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Janet Connors (Infected Spouses & Children) Association: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

R.D.S. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Women's Legal Education and Action Fund, the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada, the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada Intervenors

INDEXED AS: R. v. S. (R.D.)

File No.: 25063.

1997: March 10; 1997: September 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 NOVA SCOTIA

Courts — Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Testimony of the only two witnesses (accused and police officer) at odds and that of accused accepted — Police officer white and accused a black youth — Oral reasons making reference to police and racism in general context — Youth Court Judge's comments not tied to officer appearing before the Court — Whether reasonable apprehension of bias.

A white police officer arrested a black 15-year-old who had allegedly interfered with the arrest of another youth. The accused was charged with unlawfully assaulting a police officer, unlawfully assaulting a police officer with the intention of preventing an arrest, and unlawfully resisting a police officer in the lawful execution of his duty. The police officer and the accused were the only witnesses and their accounts of the relevant events differed widely. The Youth Court Judge weighed the evidence and determined that the accused should be acquitted. While delivering her oral reasons,

R.D.S. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada, l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. S. (R.D.)

N° du greffe: 25063.

1997: 10 mars; 1997: 26 septembre.

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 NOUVELLE-ÉCOSSE

Tribunaux — Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Les témoignages des deux seuls témoins (l'accusé et un policier) différents et celui de l'accusé est accepté — Le policier est de race blanche et l'accusé est un jeune Noir — Des motifs prononcés oralement font référence aux policiers et au racisme dans un contexte général — Les remarques du juge du tribunal pour adolescents ne visent pas le policier qui a comparu devant la Cour — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

Un policier de race blanche a arrêté un jeune Noir âgé de quinze ans à qui l'on reprochait d'avoir gêné l'arrestation d'un autre jeune. L'inculpé a été accusé d'avoir illégalement exercé des voies de fait contre un policier, d'avoir illégalement exercé des voies de fait contre un policier dans l'intention d'empêcher une arrestation et d'avoir illégalement résisté à un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions. Le policier et l'accusé étaient les deux seuls témoins et leurs versions des événements pertinents étaient largement différentes. Le juge du tribunal pour adolescents a apprécié les témoi-

the Judge remarked in response to a rhetorical question by the Crown, that police officers had been known to mislead the court in the past, that they had been known to overreact particularly with non-white groups, and that that would indicate a questionable state of mind. She also stated that her comments were not tied to the police officer testifying before the court. The Crown challenged these comments as raising a reasonable apprehension of bias. After the reasons had been given and after an appeal to the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) had been filed by the Crown, the Judge issued supplementary reasons which outlined in greater detail her impressions of the credibility of both witnesses and the context in which her comments were made. The Crown's appeal was allowed and a new trial was ordered on the basis that the Judge's remarks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This judgment was upheld by a majority of the Nova Scotia Court of Appeal. At issue here is whether the Judge's comments in her reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Consideration of Supplementary Reasons*

Per curiam: The supplementary reasons issued by the Youth Court Judge after the appeal had been filed could not be taken into account in assessing whether her reasons gave rise to a reasonable apprehension of bias.

(2) *Reasonable Apprehension of Bias*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The courts should be held to the highest standards of impartiality. Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. The trial will be rendered unfair if the words or actions of the presiding judge give rise to a reasonable apprehension of bias to the informed and reasonable observer. Judges must be particularly sensitive to the need not only to be fair but also to appear to all reasonable observers to be fair to all Canadians of every race, religion, nationality and ethnic origin.

gnages et a conclu que l'accusé devait être acquitté. Dans des motifs prononcés oralement, le juge a fait remarquer en réponse à une question de pure forme du ministère public qu'il était déjà arrivé que des policiers trompent la cour et réagissent avec excès, particulièrement vis-à-vis de groupes non blancs, et que cela semblerait dénoter un état d'esprit suspect. Elle a également déclaré que ses remarques ne visaient pas le policier qui a témoigné devant la cour. Le ministère public a contesté ces remarques parce qu'elles suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Après le prononcé de ses motifs et le dépôt de l'appel du ministère public devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), le juge a déposé des motifs supplémentaires où elle s'est expliquée plus en détail sur ses impressions quant à la crédibilité des deux témoins et sur le contexte dans lequel elle avait formulé ses commentaires. L'appel du ministère public a été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée pour le motif que les remarques du juge avaient suscité une crainte raisonnable de partialité. Cette décision a été confirmée dans un arrêt majoritaire de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse. La question litigieuse dans le présent pourvoi consiste à savoir si les commentaires faits par le juge ont suscité une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *Prise en considération des motifs supplémentaires*

La Cour: Les motifs supplémentaires déposés par le juge du tribunal pour adolescents après le dépôt de l'appel ne pouvaient être pris en considération pour déterminer si ses motifs ont suscité une crainte raisonnable de partialité.

(2) *Crainte raisonnable de partialité*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les cours de justice devraient respecter les plus hautes normes d'impartialité. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Si les paroles ou les actes du juge qui préside suscitent, chez l'observateur renseigné et raisonnable, une crainte raisonnable de partialité, cela rend le procès inéquitable. Les juges doivent être particulièrement sensibles à la nécessité non seulement d'être équitables, mais de paraître, aux yeux de tous les observateurs raisonnables, équitables envers les Canadiens de toute race, religion, nationalité et origine ethnique.

If actual or apprehended bias arises from a judge's words or conduct, then the judge has exceeded his or her jurisdiction. This excess of jurisdiction can be remedied by an application to the presiding judge for disqualification if the proceedings are still underway, or by appellate review of the judge's decision. A reasonable apprehension of bias, if it arises, colours the entire trial proceedings and cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. The mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from the judge's other words or conduct. However, if the judge's words or conduct, viewed in context, do not give rise to a reasonable apprehension of bias, the findings of the judge will not be tainted, no matter how troubling the impugned words or actions may be.

The basic interests of justice require that the appellate courts, notwithstanding their deferential standard of review in examining factual determinations made by lower courts, including findings of credibility, retain some scope to review that determination given the serious and sensitive issues raised by an allegation of bias.

Impartiality can be described as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions. In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result or that is closed with regard to particular issues. Whether a decision-maker is impartial depends on whether the impugned conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias. Actual bias need not be established because it is usually impossible to determine whether the decision-maker approached the matter with a truly biased state of mind.

The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. The test is what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. This test contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. Further the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including the traditions of integrity and impartiality that form a

Si les paroles ou la conduite du juge suscitent une crainte de partialité ou dénotent réellement sa partialité, celui-ci excède sa compétence. On peut remédier à cet excès de compétence en présentant une requête en récusation adressée au juge président l'instance si celle-ci se poursuit, ou en demandant l'examen en appel de la décision du juge. S'il y a crainte raisonnable de partialité, c'est l'ensemble des procédures du procès qui sont viciées et la décision subséquente aussi bien fondée soit-elle ne peut y remédier. Le simple fait que le juge paraît, sur certains points, avoir tiré des conclusions justes quant à la crédibilité ou qu'il arrive à un résultat correct ne peut dissiper les effets de la crainte raisonnable de partialité que d'autres paroles ou actes du juge ont pu susciter. Toutefois, si les paroles ou la conduite du juge, eu égard au contexte, ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité, ses conclusions n'en seront pas entachées, quelque inquiétantes qu'elles puissent être.

Les intérêts fondamentaux de la justice exigent que les cours d'appel, malgré la norme d'examen fondée sur la retenue qu'elles ont adoptée dans l'analyse des conclusions factuelles des tribunaux d'instance inférieure, dont les conclusions relatives à la crédibilité des témoins, conservent un certain regard sur cette détermination vu les questions graves et délicates que soulève l'allégation de partialité.

L'impartialité peut être décrite comme l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis. Par contraste, la partialité dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. Lorsqu'on allègue la partialité du décideur, le critère à appliquer consiste à se demander si la conduite particulière suscite une crainte raisonnable de partialité. Il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de la partialité dans les faits parce qu'il est habituellement impossible de déterminer si le décideur a abordé l'affaire avec des idées réellement préconçues.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Ce critère consiste à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Ce critère comporte un double élément objectif: la personne examinant l'allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire. De plus, la personne raisonnable doit être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris des tra-

part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold. The reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community. The jurisprudence indicates that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated and that a mere suspicion is not enough. The existence of a reasonable apprehension of bias depends entirely on the facts. The threshold for such a finding is high and the onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence. The test applies equally to all judges, regardless of their background, gender, race, ethnic origin, or any other characteristic.

The requirement for neutrality does not require judges to discount their life experiences. Whether the use of references to social context is appropriate in the circumstances and whether a reasonable apprehension of bias arises from particular statements depends on the facts. A very significant difference exists between cases in which social context is used to ensure that the law evolves in keeping with changes in social reality and cases, such as this one, where social context is apparently being used to assist in determining an issue of credibility.

Consideration of whether the existence of anti-black racism in society is a proper subject for judicial notice would be inappropriate here because an intervenor and not the appellant put forward the argument with respect to judicial notice.

The individualistic nature of a determination of credibility and its dependence on intangibles such as demeanour and the manner of testifying requires the judge, as trier of fact, to be particularly careful and to appear to be neutral. When making findings of credibility a judge should avoid making any comment that might suggest that the determination of credibility is based on generalizations or stereotypes rather than on the specific demonstrations of truthfulness or untrustworthiness that have come from the particular witness during the trial. At the commencement of their testimony all witnesses should be treated equally without regard to their race, religion, nationality, gender, occupation or other characteristics. It is only after an individual witness has been tested and assessed that findings of credibility can be made.

ditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter. La personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l'ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée. La jurisprudence indique qu'il faut établir une réelle probabilité de partialité et qu'un simple soupçon est insuffisant. L'existence d'une crainte raisonnable de partialité sera entièrement fonction des faits. Il faut faire preuve de rigueur pour conclure à la partialité et la charge d'établir la partialité incombe à la personne qui en allègue l'existence. Le critère s'applique également à tous les juges, indépendamment de leur formation, de leur sexe, de leur race, de leur origine ethnique et de toute autre caractéristique.

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute son expérience de la vie. Les faits détermineront s'il convient, au vu des circonstances, de prendre en considération le contexte social et si les paroles prononcées suscitent une crainte raisonnable de partialité. Il existe une différence très importante entre les affaires dans lesquelles le contexte social est invoqué pour assurer l'adéquation du droit et de la réalité sociale et celles comme la présente espèce, où le contexte social est apparemment utilisé pour trancher une question de crédibilité.

Il ne convient pas d'étudier la question de savoir s'il appartenait au juge de prendre connaissance d'office de l'existence dans la société de racisme anti-noir parce que l'argument relatif à la connaissance d'office a été avancé par un intervenant et non par l'appellant.

C'est en raison de la nature personnelle de la détermination de la crédibilité et du fait qu'elle repose sur des éléments intangibles comme le comportement et la manière de témoigner que le juge, en tant que juge des faits, est tenu de prendre bien soin d'être et de paraître neutre. Il vaut mieux que le juge appelé à statuer sur la crédibilité évite de faire tout commentaire qui pourrait donner l'impression qu'il a jugé de la crédibilité en s'appuyant sur des généralisations ou des stéréotypes plutôt que sur des démonstrations précises de la véracité ou du manque d'honnêteté du témoin au procès. Quand ils commencent leur déposition, tous les témoins doivent être traités sur un pied d'égalité, sans considération de race, religion, nationalité, sexe, occupation ou autre caractéristique. C'est seulement après qu'un témoin a été jaugé et évalué qu'on peut décider de sa crédibilité.

Situations where there is no evidence linking the generalization to the particular witness might leave the judge open to allegations of bias on the basis that the credibility of the individual witness was prejudged according to stereotypical generalizations. Although the particular generalization might be well-founded, reasonable and informed people may perceive that the judge has used this information as a basis for assessing credibility instead of making a genuine evaluation of the evidence of the particular witness' credibility.

That judges should avoid making comments based on generalizations when assessing the credibility does not lead automatically to a conclusion of reasonable apprehension of bias. In some limited circumstances, the comments may be appropriate.

The argument that the trial was rendered unfair for failure to comply with "natural justice" could not be accepted. Neither the police officer nor the Crown was on trial.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: Judges, while they can never be neutral in the sense of being purely objective, must strive for impartiality. Their differing experiences appropriately assist in their decision-making process so long as those experiences are relevant, are not based on inappropriate stereotypes, and do not prevent a fair and just determination based on the facts in evidence.

The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. The reasonable person must know and understand the judicial process, the nature of judging and the community in which the alleged crime occurred. He or she demands that judges achieve impartiality and will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives. Finally, the reasonable person expects judges to undertake an open-minded, carefully considered and dispassionately deliberate investigation of the complicated reality of each case before them.

Judicial inquiry into context provides the requisite background for the interpretation and the application of the law. An understanding of the context or background essential to judging may be gained from testimony from expert witnesses, from academic studies properly placed

Si aucune preuve ne relie la généralisation à un témoin en particulier, le juge pourrait, en pareille situation, prêter le flanc à des allégations de partialité du fait qu'il aurait préjugé de la crédibilité du témoin en fonction de généralisations stéréotypées. Bien que la généralisation en cause ne soit peut-être pas sans fondement, les gens raisonnables et renseignés peuvent avoir l'impression que le juge a basé son évaluation de la crédibilité sur cette donnée, au lieu de procéder à une réelle appréciation de la preuve constituée par la déposition de ce témoin en particulier.

Affirmer que les juges doivent éviter de faire des commentaires basés sur des généralisations lorsqu'ils apprécient la crédibilité de témoins n'amène pas *ipso facto* à conclure qu'il en résulte une crainte raisonnable de partialité. Dans un certain nombre de cas limité, les commentaires peuvent être à propos.

L'argument selon lequel le procès avait été inéquitable parce qu'il y avait eu transgression des règles de justice naturelle était indéfendable. Ce n'était pas le procès du policier, ni celui du ministère public.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Si le juge ne peut jamais être neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et doit néanmoins s'efforcer d'atteindre l'impartialité. Ce critère suppose donc qu'il est légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et marque ses jugements, à condition que cette expérience ait un rapport avec la cause qu'il entend, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes malvenus, et qu'elle n'empêche pas la résolution équitable et juste de l'affaire à la lumière des faits admis en preuve.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. La personne raisonnable doit connaître et comprendre le processus judiciaire, l'exercice de la justice ainsi que la collectivité où le crime reproché a été commis. La personne raisonnable exige que le juge fasse preuve d'impartialité et soit à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde. Enfin, elle s'attend à ce que le juge procède avec un esprit ouvert à l'examen prudent, détaché et circonspect de la réalité complexe de chaque affaire dont il est saisi.

L'examen du contexte par le juge permet de définir le cadre nécessaire à l'interprétation et à l'application de la loi. Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l'historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en faisant fond sur les témoignages d'experts, sur les

before the court, and from the judge's personal understanding and experience of the society in which the judge lives and works. This process of enlargement is a precondition of impartiality. A reasonable person, far from being troubled by this process, would see it as an important aid to judicial impartiality.

The reasonable person approaches the question of whether there exists a reasonable apprehension of bias with a complex and contextualized understanding of the issues in the case. He or she understands the impossibility of judicial neutrality but demands judicial impartiality. This person is cognizant of the racial dynamics in the local community, and, as a member of the Canadian community, is supportive of the principles of equality. Before finding a reasonable apprehension of bias, the reasonable person would require some clear evidence that the judge in question had improperly used his or her perspective in the decision-making process; this flows from the presumption of impartiality of the judiciary. Awareness of the context within which a case occurred would not constitute evidence that the judge was not approaching the case with an open mind fair to all parties; on the contrary, such awareness is consistent with the highest tradition of judicial impartiality.

(3) *Application of the Test*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The oral reasons at issue should be read in their entirety, and the impugned passages should be construed in light of the whole of the trial proceedings and in light of all other portions of the judgment. They indicated that the Youth Court Judge approached the case with an open mind, used her experience and knowledge of the community to achieve an understanding of the reality of the case, and applied the fundamental principle of proof beyond a reasonable doubt. Her comments were based entirely on the case before her, were made after a consideration of the conflicting testimony of the two witnesses and in response to the Crown's submissions, and were entirely supported by the evidence. In alerting herself to the racial dynamic in the case, she was simply engaging in the process of contextualized judging which was entirely proper and conducive to a fair and just resolution of the case before her. Although the Judge did not make a finding of racism, there was evidence on which such a finding could be made.

ouvrages de doctrine dûment produits en preuve ainsi que sur sa propre compréhension et son expérience de la société au sein de laquelle il vit et travaille. Ce processus d'ouverture est une condition préalable à l'impartialité. Loin d'être préoccupée par ce processus, la personne raisonnable y voit un important outil de l'impartialité du juge.

La personne raisonnable aborde la question de savoir s'il y a une crainte raisonnable de partialité, bien au fait de la complexité et du contexte des points litigieux. Elle comprend qu'il est impossible au juge d'être neutre, mais elle exige son impartialité. Elle connaît la dynamique raciale de la collectivité locale et, en tant que membre de la société canadienne, elle souscrit aux principes d'égalité. Cette personne raisonnable ne conclurait pas que les actes d'un juge suscitent une crainte raisonnable de partialité sans une preuve établissant clairement qu'il a indûment fait intervenir son point de vue dans son jugement; cette exigence découle de la présomption d'impartialité du juge. La sensibilisation au contexte dans lequel l'affaire a eu lieu ne saurait prouver que le juge n'a pas abordé l'affaire en faisant preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de toutes les parties; au contraire, elle est dans le droit fil de la plus haute tradition d'impartialité judiciaire.

(3) *Application du critère*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il faut lire l'intégralité des motifs prononcés oralement, et les passages attaqués doivent être interprétés à la lumière du procès en première instance, pris dans son ensemble, et compte tenu des autres passages du jugement. Ces motifs montrent que le juge du tribunal pour adolescents a examiné l'affaire avec un esprit ouvert, qu'elle s'est servie de son expérience et de sa connaissance de la collectivité pour comprendre la réalité de l'affaire, et qu'elle a appliqué la règle fondamentale de la preuve hors de tout doute raisonnable. Ses observations étaient entièrement fondées sur l'affaire qui lui était soumise. Elle les a faites après avoir pesé le témoignage contradictoire des deux témoins et en réponse aux arguments du ministère public. Ses observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite. En dirigeant son attention vers la dynamique raciale de l'affaire, elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire. Bien que le juge n'ait pas conclu à l'existence de racisme, il y avait des éléments de preuve sur la foi desquels elle aurait pu le faire.

The impugned comments were not unfortunate, unnecessary, or close to the line. They reflected an entirely appropriate recognition of the facts in evidence and of the context within which this case arose — a context known to the judge and to any well-informed member of the community.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The Youth Court Judge conducted an acceptable review of all the evidence before making the impugned comments.

The generalized remarks about a history of racial tension between police officers and visible minorities were not linked by the evidence to the actions of the police officer here. They were worrisome and came very close to the line. Yet, however troubling when read individually, they were not made in isolation and must all be read in the context of the whole proceeding, with an awareness of all the circumstances that a reasonable observer would be deemed to know. A reasonable, informed person, aware of all the circumstances, would not conclude that they gave rise to a reasonable apprehension of bias or that they tainted her earlier findings of credibility. The high standard for a finding of reasonable apprehension of bias was not met.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. (dissenting): A fair trial is one that is based on the law and its outcome determined by the evidence, free of bias, real or apprehended. Evidence showing propensity has been repeatedly rejected. Trial judges must base their findings on the evidence before them. Notwithstanding the opportunity to do so, no evidence was introduced showing that this police officer was racist and that racism motivated his actions or that he lied.

The Youth Court Judge's statements were not simply a review of the evidence and her reasons for judgment in which she was relying on her life experience. Even though a judge's life experience is an important ingredient in the ability to understand human behaviour, to weighing the evidence and to determining credibility, it is not a substitute for evidence. No evidence supported the conclusions that the Judge reached. Her comments fell into stereotyping the police officer. Judges, as arbiters of truth, cannot judge credibility based on irrelevant

Les observations attaquées n'étaient pas malheureuses ni inutiles et elles ne frôlaient pas la limite. Elles traduisaient une appréciation judicieuse des faits admis en preuve ainsi que du contexte dans lequel l'affaire s'est produite, ce contexte étant connu du juge ainsi que de tout membre bien informé de la collectivité.

Les juges Cory et Iacobucci: Le juge du tribunal pour adolescents a fait un examen acceptable de toute la preuve avant de faire les commentaires contestés.

Les remarques générales voulant que, historiquement, une tension raciale a pu être observée dans les rapports entre les policiers et les minorités visibles, n'étaient pas liées par un élément de preuve aux actes du policier en l'espèce. Ces remarques ont inspiré de l'inquiétude et frôlaient la limite. Néanmoins, quelque inquiétantes qu'aient été ces remarques, prises isolément, il est essentiel de noter qu'elles s'inscrivent dans un contexte. Il est indispensable de lire toutes les remarques en tenant compte du contexte de l'ensemble de la procédure et en étant conscient de toutes les circonstances que l'observateur raisonnable est censé connaître. Une personne raisonnable et renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances, ne conclurait pas qu'elles ont suscité une crainte raisonnable de partialité ni qu'elles ont entaché les conclusions antérieures du juge sur la crédibilité. La norme rigoureuse qui permet de conclure à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité n'a pas été respectée.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major (dissidents): Un procès équitable est un procès fondé sur le droit, dont le résultat est déterminé par la preuve et qui est exempt de toute partialité, réelle ou apparente. La production d'éléments de preuve visant à établir la propension a été maintes fois interdite. Le juge du procès doit fonder ses conclusions sur la preuve qui lui est présentée. L'appelant pouvait produire des éléments de preuve établissant que l'agent de police était raciste, que le racisme a motivé ses actes ou qu'il a menti, mais il ne l'a pas fait.

Les déclarations du juge du tribunal pour adolescents n'étaient pas qu'une revue de la preuve et ne constituaient pas les motifs de son jugement dans lequel elle s'est fiée à son expérience de la vie. Bien que l'expérience de la vie d'un juge soit un élément important de son aptitude à comprendre le comportement humain, à soupeser la preuve et à apprécier la crédibilité, elle ne peut se substituer à la preuve. Le juge ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de tirer les conclusions qu'elle a tirées. Ses commentaires dénotaient une

witness characteristics. All witnesses must be placed on equal footing before the court.

What the Judge actually intended by the impugned statements is irrelevant conjecture. Given the concern for both the fairness and the appearance of fairness of the trial, the absence of evidence to support the judgment is an irreparable defect.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **considered:** *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, leave to appeal denied, [1994] 1 S.C.R. x; *Pirbhai Estate v. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685 (QL), leave to appeal denied, [1988] 1 S.C.R. xii; *Foto v. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43; **referred to:** *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (QL); *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Huerto v. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Litek v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994); *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. v. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL); *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850; *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577; *R. v. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883; *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. v. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337; *R. v. Teskey* (1995), 167 A.R. 122.

By L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

Applied: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; **referred to:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de la ma-*

opinion toute faite du policier. Le juge, à titre d'arbitre de la vérité, ne peut pas juger de la crédibilité des témoins en se fondant sur des caractéristiques sans pertinence. Tous les témoins doivent être sur un pied d'égalité devant le tribunal.

Il ne convient pas de former des conjectures sur ce que le juge du procès a vraiment voulu dire. Vu l'importance tant de l'équité du procès que de l'impression d'équité qu'il laisse, l'absence de preuves pour appuyer le jugement est un vice irréparable.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts examinés:** *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x; *Pirbhai Estate c. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685 (QL), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xii; *Foto c. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (QL); *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Huerto c. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Litek v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994); *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (QL); *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (QL); *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (QL); *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (QL); *R. c. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850; *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577; *R. c. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883; *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97; *R. c. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337; *R. c. Teskey* (1995), 167 A.R. 122.

Citée par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin

Arrêt appliqué: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; **arrêts mentionnés:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ruffo c. Conseil de la*

magistrature, [1995] 4 S.C.R. 267; *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941); *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394; *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

By Major J. (dissenting)

Metropolitan Properties Co. v. Lannon, [1969] 1 Q.B. 577; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, S.C. 1987, c. 24, s. 18.
Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 15, 27.
Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8.

Authors Cited

Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1778.
 Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.
 Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
 Devlin, Richard F. "We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*" (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408.
 Nedelsky, Jennifer. "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997), 42 *McGill L.J.* 91.
 Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution*. Halifax: The Commission, 1989.
 Omatsu, Maryka. "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 *C.J.W.L.* 1.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

magistrature, [1995] 4 R.C.S. 267; *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941); *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50; *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394; *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

Citée par le juge Major (dissident)

Metropolitan Properties Co. c. Lannon, [1969] 1 Q.B. 577; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 15, 27.
Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.
Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 1987, ch. 24, art. 18.

Doctrine citée

Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N.M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
 Cardozo, Benjamin N. *The Nature of the Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1921.
 Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Devlin, Richard F. «We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408.
 Nedelsky, Jennifer. «Embodied Diversity and the Challenges to Law» (1997), 42 *R.D. McGill* 91.
 Nouvelle-Écosse. Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils. *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils*. Halifax: La Commission, 1989.
 Omatsu, Maryka. «The Fiction of Judicial Impartiality» (1997), 9 *R.F.D.* 1.
 Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, 418 A.P.R. 284, 102 C.C.C. (3d) 233, 45 C.R. (4th) 361, dismissing an appeal from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division), [1995] N.S.J. No. 184 (QL), allowing an appeal from acquittal by Sparks F.C.J. with oral reasons December 2, 1994, with supplementary written reasons, [1994] N.S.J. No. 629 (QL). Appeal allowed, Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting.

Burnley A. Jones and Dianne Pothier, for the appellant.

Robert E. Lutes, Q.C., for the respondent.

Yola Grant and Carol Allen, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada.

April Burey, for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin and those of Justice Cory and respectfully disagree with the conclusion they reach.

The appellant (accused) R.D.S. was a young person charged with assault on a peace officer. At trial, the Crown's only evidence came from the police officer allegedly assaulted. The appellant testified as the only witness in his defence. The testimony of the two witnesses differed in material respects. The trial judge gave judgment immediately after closing arguments and acquitted the appellant.

This appeal should not be decided on questions of racism but instead on how courts should decide

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, 418 A.P.R. 284, 102 C.C.C. (3d) 233, 45 C.R. (4th) 361, qui a rejeté l'appel formé contre le jugement de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), [1995] N.S.J. No. 184 (QL), qui avait accueilli l'appel formé contre l'acquittement ordonné par le juge Sparks dans des motifs prononcés oralement le 2 décembre 1994 et des motifs écrits supplémentaires, [1994] N.S.J. No. 629 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Burnley A. Jones et Dianne Pothier, pour l'appelant.

Robert E. Lutes, c.r., pour l'intimée.

Yola Grant et Carol Allen, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada.

April Burey, pour les intervenants l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai lu les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ainsi que ceux du juge Cory et je suis malheureusement dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion qu'ils tirent.

L'appelant R.D.S., alors adolescent, a été accusé d'avoir exercé des voies de fait contre un agent de la paix. Au procès, le ministère public a cité comme seul témoin le policier qui aurait subi les voies de fait. Seul l'appelant a témoigné en défense. Ces deux témoignages différaient sur des points importants. Le juge du procès a rendu jugement à la clôture des débats et a acquitté l'appelant.

Le présent pourvoi ne porte pas sur des questions de racisme, mais plutôt sur la façon dont les

1

2

3

cases. In spite of the submissions of the appellant and interveners on his behalf, the case is primarily about the conduct of the trial. A fair trial is one that is based on the law, the outcome of which is determined by the evidence, free of bias, real or apprehended. Did the trial judge here reach her decision on the evidence presented at the trial or did she rely on something else?

4 In the course of her judgment the trial judge said:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit. [Emphasis added.]

5 In view of the manner in which this appeal was argued, it is necessary to consider two points. First, we should consider whether the trial judge in her reasons, properly instructed herself on the evidence or was an error of law committed by her. The second, and somewhat intertwined question, is whether her comments above could cause a reasonable observer to apprehend bias. The offending comments in the statement are:

- (i) "police officers have been known to [mislead the court] in the past";
- (ii) "police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups";

tribunaux doivent trancher les litiges. En dépit des observations présentées par l'appelant et les intervenants en son nom, l'affaire concerne essentiellement la conduite du procès. Un procès équitable est un procès fondé sur le droit, dont le résultat est déterminé par la preuve et qui est exempt de toute partialité, réelle ou apparente. En l'espèce, le juge du procès a-t-elle fondé sa décision sur la preuve présentée au procès ou s'est-elle appuyée sur autre chose?

Au cours de son jugement, le juge du procès a déclaré:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

Quoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement. [Je souligne.]

Compte tenu de la façon dont les arguments ont été présentés dans le présent pourvoi, il faut examiner deux points. Premièrement, nous devons nous demander si le juge du procès, dans ses motifs, s'est correctement rappelé la preuve ou si elle a commis une erreur de droit. Deuxièmement, et ce point est en quelque sorte étroitement lié au premier, il s'agit de savoir si ses commentaires, reproduits ci-dessus, pourraient susciter une crainte de partialité chez un observateur raisonnable. Les commentaires controversés sont les suivants:

- (i) «on sa[it] que des policiers [ont trompé la cour] dans le passé»;
- (ii) «il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs»;

- | | |
|---|--|
| (iii) “[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable”; | (iii) «[c]ela me semble dénoter en soi un état d’esprit suspect»; |
| (iv) “[i]t seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day”; and, | (iv) «[c]ela semble conforme à l’attitude courante du jour»; |
| (v) “based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.” | (v) «vu mes remarques et l’ensemble de la preuve soumise à la cour, je n’ai d’autre choix que de prononcer l’acquiescement». |

The trial judge stated that “police officers have been known to [mislead the court] in the past” and that “police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups” and went on to say “[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable.” She in effect was saying, “sometimes police lie and overreact in dealing with non-whites, therefore I have a suspicion that this police officer may have lied and overreacted in dealing with this non-white accused.” This was stereotyping all police officers as liars and racists, and applied this stereotype to the police officer in the present case. The trial judge might be perceived as assigning less weight to the police officer’s evidence because he is testifying in the prosecution of an accused who is of a different race. Whether racism exists in our society is not the issue. The issue is whether there was evidence before the court upon which to base a finding that this particular police officer’s actions were motivated by racism. There was no evidence of this presented at the trial.

Our jurisprudence has repeatedly prohibited the introduction of evidence to show propensity. In the present case had the police officer been charged with assault the trial judge could not have reasoned that as police officers have been known to mislead the Court in the past that based on that evidence she rejected this police officers credibility and found him guilty beyond reasonable doubt.

In the same vein, statistics show that young male adults under the age of 25 are responsible for more accidents than older drivers. It would be unacceptable for a court to accept evidence of that

Ayant déclaré que l’«on sa[it] que des policiers [ont trompé la cour] dans le passé» et qu’«il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu’ils ont affaire à des groupes non blancs», le juge du procès ajoute que «[c]ela me semble dénoter en soi un état d’esprit suspect». Ce qui revenait à dire en fait: «il arrive parfois que des policiers mentent et réagissent avec excès lorsqu’ils ont affaire à des non-Blancs, par conséquent, je soupçonne que cet agent de police a pu mentir et réagir avec excès à l’endroit de l’accusé non blanc». Cette généralisation stéréotypée faisant de tous les policiers des menteurs et des racistes a été appliquée à l’agent de police concerné en l’espèce. On pourrait penser que le juge du procès accorde moins d’importance à la déposition du policier parce qu’il témoigne dans un procès intenté contre un accusé appartenant à une autre race. La question de savoir s’il y a du racisme dans notre société n’a rien à voir. Il s’agit de savoir si la cour disposait d’éléments de preuve à partir desquels elle pouvait conclure que les actes de cet agent de police en particulier étaient motivés par le racisme. Aucune preuve en ce sens n’a été présentée au procès.

Notre jurisprudence a maintes fois interdit la production d’éléments de preuve visant à établir la propension. En l’espèce, si le policier avait été accusé de voies de fait, le juge du procès n’aurait pas pu alléguer la notoriété du fait que des policiers ont trompé la cour dans le passé pour conclure, sur la foi de cette preuve, que ce policier n’était pas crédible et pour le déclarer coupable hors de tout doute raisonnable.

Dans le même esprit, les statistiques montrent que les jeunes adultes de sexe masculin, âgés de moins de 25 ans, sont responsables d’un nombre plus élevé d’accidents que les conducteurs plus

6

7

8

fact to find a defendant liable in negligence yet that is the consequence of the trial judge's reasoning in this appeal.

9 It is possible to read the trial judge's reference to the "prevalent attitude of the day" as meaning her view of the prevalent attitude in society today. If the trial judge used the "prevalent attitude of society" towards non-whites as evidence upon which to draw an inference in this case, she erred, as there were no facts in evidence from which to draw that inference. It would be stereotypical reasoning to conclude that, since society is racist, and, in effect, tells minorities to "shut up," we should infer that this police officer told this appellant minority youth to "shut up." This reasoning is flawed.

10 Trial judges have to base their findings on the evidence before them. It was open to the appellant to introduce evidence that this police officer was racist and that racism motivated his actions or that he lied. This was not done. For the trial judge to infer that based on her general view of the police or society is an error of law. For this reason there should be a new trial.

11 In addition to not being based on the evidence, the trial judge's comments have been challenged as giving rise to a reasonable apprehension of bias. The test for finding a reasonable apprehension of bias has challenged courts in the past. It is interchangeably expressed as a "real danger of bias," a "real likelihood of bias," a "reasonable suspicion of bias" and in several other ways. An attempt at a new definition will not change the test. Lord Denning M.R. captured the essence of the inquiry in his judgment in *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.), at p. 599:

[I]n considering whether there was a real likelihood of bias, the court does not look at the mind of the justice

âgés. Il serait inacceptable que le tribunal admette ce fait en preuve pour conclure à la responsabilité pour cause de négligence du défendeur. Pourtant, c'est la conséquence à laquelle conduit le raisonnement du juge du procès dans le présent pourvoi.

On peut penser que les mots «l'attitude courante du jour» reflétaient l'opinion du juge du procès sur ce qu'est l'attitude courante dans la société de nos jours. Si le juge s'est servi de l'«attitude courante dans la société» à l'égard des non-Blancs comme d'un élément de preuve pour tirer une conclusion en l'espèce, elle a commis une erreur, étant donné qu'aucun fait mis en preuve ne permettait de tirer cette conclusion. Ce serait raisonner par stéréotypes que de dire: étant donné que la société est raciste et que, dans les faits, elle fait «taire» les minorités, nous devrions conclure que cet agent de police a dit à ce jeune appelant appartenant à une minorité de «se taire». Ce raisonnement est fautif.

Le juge du procès doit fonder ses conclusions sur la preuve qui lui est présentée. Il était loisible à l'appelant de produire des éléments de preuve établissant que l'agent de police était raciste, que le racisme a motivé ses actes ou qu'il a menti. Cela n'a pas été fait. Le juge du procès a commis une erreur de droit en se fondant sur l'opinion qu'elle a en général de la police ou de la société pour tirer ces conclusions. Pour ce motif, je suis d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès.

Les commentaires du juge du procès ont été contestés parce qu'en plus de ne pas être fondés sur la preuve, ils suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Dans le passé, les tribunaux ont connu certaines difficultés d'application du critère de crainte raisonnable de partialité. Cette notion est rendue notamment par des expressions interchangeables telles que «danger réel de partialité», «réelle probabilité de partialité», «soupçon raisonnable de partialité». Proposer une nouvelle définition ne changera pas le critère. Le maître des rôles lord Denning a cerné l'essence de l'examen à effectuer dans l'arrêt *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.), à la p. 599:

[TRADUCTION] [P]our trancher la question de savoir s'il y avait une réelle probabilité de partialité, la cour ne

himself or at the mind of the chairman of the tribunal, or whoever it may be, who sits in a judicial capacity. It does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people. Even if he was as impartial as could be, nevertheless if right-minded persons would think that, in the circumstances, there was a real likelihood of bias on his part, then he should not sit. And if he does sit, his decision cannot stand: see *Reg. v. Huggins*; and *Rex v. Sunderland Justices, per Vaughan Williams L.J.* Nevertheless there must appear to be a real likelihood of bias. Surmise or conjecture is not enough: see *Reg. v. Camborne Justice, Ex parte Pearce*, and *Reg. v. Nailsworth Licensing Justices, Ex parte Bird*. There must be circumstances from which a reasonable man would think it likely or probable that the justice, or chairman, as the case may be, would, or did, favour one side unfairly at the expense of the other. The court will not inquire whether he did, in fact, favour one side unfairly. Suffice it that reasonable people might think he did. The reason is plain enough. Justice must be rooted in confidence: and confidence is destroyed when right-minded people go away thinking: "The judge was biased."

See also *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

The appellant and the interveners argued that the trial judge's statements were simply a review of the evidence and were her reasons for judgment. They said she was relying on her life experience and to deny that is to deny reality. I disagree.

The life experience of this trial judge, as with all trial judges, is an important ingredient in the ability to understand human behaviour, to weigh the evidence, and to determine credibility. It helps in making a myriad of decisions arising during the course of most trials. It is of no value, however, in reaching conclusions for which there is no evidence. The fact that on some other occasions police officers have lied or overreacted is irrelevant. Life experience is not a substitute for

scrute pas l'esprit du juge ou du président du tribunal, ni de quiconque exerce une fonction judiciaire. La cour ne se demande pas s'il existe une réelle probabilité que l'intéressé avantage ou a de fait avantage une partie aux dépens de l'autre. La cour s'intéresse à l'impression produite. Même si le juge était on ne peut plus impartial, dans la mesure où des personnes sensées estiment que, compte tenu des circonstances, il y a une réelle probabilité de partialité de sa part, il ne doit pas siéger. S'il siège, sa décision ne peut pas être maintenue: voir *Reg. c. Huggins* et les motifs du lord juge Vaughan Williams dans l'arrêt *Rex c. Sunderland Justices*. Cela dit, il doit y avoir une réelle probabilité de partialité. Suppositions et conjectures ne suffisent pas; voir *Reg. c. Camborne Justice, Ex parte Pearce* et *Reg. c. Nailsworth Licensing Justices, Ex parte Bird*. Il faut que les circonstances soient telles qu'une personne raisonnable puisse penser qu'il est probable ou vraisemblable que le juge ou le président favorise ou a favorisé injustement l'une des parties aux dépens de l'autre. La cour ne cherchera pas à savoir si le juge a effectivement favorisé injustement l'une des parties. Il suffit que des personnes raisonnables puissent le penser. La raison en est évidente. La justice suppose un climat de confiance qui ne peut subsister si des personnes sensées ont l'impression que le juge a fait preuve de partialité.

Voir également *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256.

L'appelant et les intervenants ont soutenu que les déclarations du juge du procès n'étaient qu'une revue de la preuve et constituaient les motifs de son jugement. Ils ont affirmé que le juge du procès s'est fié à son expérience de la vie et que, nier ce fait, c'est nier la réalité. Je ne suis pas d'accord.

L'expérience de la vie de ce juge — et il en est ainsi de tous les juges de première instance — est un élément important de son aptitude à comprendre le comportement humain, à soupeser la preuve et à apprécier la crédibilité. Elle intervient dans une myriade de décisions qui doivent être prises dans le cours de la plupart des procès. Elle n'est cependant d'aucune utilité pour tirer des conclusions qui ne s'appuient sur aucun élément de preuve. Le fait que, à d'autres occasions, des agents de police ont menti ou réagi avec excès, n'est pas pertinent. L'expérience de la vie ne peut

12

13

evidence. There was no evidence before the trial judge to support the conclusions she reached.

14 The trial judge could not decide this case based on what some police officers did in the past without deciding that all police officers are the same. As stated, the appellant was entitled to call evidence of the police officer's conduct to show that there was in fact evidence to support either his bias or racism. No such evidence was called. The trial judge presumably called upon her life experience to decide the issue. This she was not entitled to do.

15 The bedrock of our jurisprudence is the adversary system. Criminal prosecutions are less adversarial because of the Crown's duty to present all the evidence fairly. The system depends on each side's producing facts by way of evidence from which the court decides the issues. Our system, unlike some others, does not permit a judge to become an independent investigator to seek out the facts.

16 Canadian courts have, in recent years, criticized the stereotyping of people into what is said to be predictable behaviour patterns. If a judge in a sexual assault case instructed the jury or him- or herself that because the complainant was a prostitute he or she probably consented, or that prostitutes are likely to lie about such things as sexual assault, that decision would be reversed. Such presumptions have no place in a system of justice that treats all witnesses equally. Our jurisprudence prohibits tying credibility to something as irrelevant as gender, occupation or perceived group predisposition.

17 Similarly, we have eliminated the requirement for corroboration of the complainant's evidence. The absolute requirement of corroboration for particular sexual offences and the lesser requirement of a warning to the jury about relying on the vic-

se substituer à la preuve. Le juge du procès ne disposait d'aucun élément de preuve lui permettant de tirer les conclusions qu'elle a tirées.

Le juge du procès ne pouvait pas trancher en se fondant sur ce que des agents de police avaient fait dans le passé sans décider que tous les agents de police sont les mêmes. Comme je l'ai dit, il était loisible à l'appelant de présenter des éléments de preuve relatifs à la conduite de l'agent de police pour montrer que ses allégations de partialité ou de racisme s'appuyaient sur des faits. Aucune preuve de ce genre n'a été produite. Vraisemblablement, le juge du procès s'en est remis à son expérience de la vie pour statuer sur la question. Elle n'avait pas le droit de le faire.

Le processus contradictoire est la pierre angulaire de notre jurisprudence. Le caractère contradictoire des poursuites pénales est moins prononcé parce que le ministère public a l'obligation de présenter toute la preuve équitablement. Chaque partie doit établir les faits au moyen d'éléments de preuve à partir desquels la cour tranche. Notre système judiciaire, contrairement à d'autres, ne permet pas au juge de procéder lui-même à des recherches en vue d'élucider les circonstances.

Les tribunaux canadiens se sont, au cours des dernières années, opposés au classement des personnes en catégories de comportement prévisible. Si le juge, dans une affaire d'agression sexuelle, donnait comme directive au jury ou se rappelait qu'étant prostituée la personne qui a porté plainte a probablement consenti, ou que les prostituées sont susceptibles de mentir sur des questions comme l'agression sexuelle, sa décision serait infirmée. De telles présomptions n'ont aucune place dans un système judiciaire qui traite tous les témoins sur un pied d'égalité. Notre jurisprudence interdit de lier la crédibilité à des choses aussi peu pertinentes que le sexe, la profession ou une apparente prédisposition chez les individus d'un groupe.

De même, l'exigence d'une corroboration du témoignage du plaignant a été éliminée. L'exigence absolue d'une corroboration dans le cas de certaines infractions à caractère sexuel et l'exigence, de moindre rigueur, d'une mise en garde

tim's uncorroborated testimony have been abolished: see *Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8, and S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 5. Also eliminated is the need for corroboration in cases where a prosecution is based on the unsworn evidence of children: see S.C. 1987, c. 24, s. 18. The elimination of corroboration shows the present evolution away from stereotyping various classes of witnesses as inherently unreliable.

It can hardly be seen as progress to stereotype police officer witnesses as likely to lie when dealing with non-whites. This would return us to a time in the history of the Canadian justice system that many thought had past. This reasoning, with respect to police officers, is no more legitimate than the stereotyping of women, children or minorities.

In my opinion the comments of the trial judge fall into stereotyping the police officer. She said, among other things, that police officers have been known to mislead the courts, and that police officers overreact when dealing with non-white groups. She then held, in her evaluation of this particular police officer's evidence, that these factors led her to "a state of mind right there that is questionable". The trial judge erred in law by failing to base her conclusions on evidence.

Judges, as arbiters of truth, cannot judge credibility based on irrelevant witness characteristics. All witnesses must be placed on equal footing before the court.

The trial judge concluded the impugned part of her reasons with the following: "[a]t any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit." What did she mean by basing her judgment, in part, upon her own comments? Did

aux jurés contre l'utilisation du témoignage non corroboré de la victime comme fondement de leur décision ont été abolies; voir *Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8, et S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 5. A aussi été supprimée la nécessité d'une corroboration dans les affaires où la poursuite est fondée sur le témoignage non assermenté d'un enfant; voir L.C. 1987, ch. 24, art. 18. L'élimination de l'exigence d'une corroboration montre l'évolution actuelle, soit une distanciation face aux stéréotypes donnant comme peu fiable la déposition de certains témoins en raison de leur appartenance à certaines catégories de personnes.

On peut difficilement qualifier de progressiste le stéréotype suivant lequel les agents de police sont susceptibles de mentir dans une déposition contre un non-Blanc. Cela nous ramènerait à une époque de l'histoire du système judiciaire canadien que beaucoup croyaient révolue. Ce raisonnement à l'égard des agents de police n'est pas plus légitime que les stéréotypes à l'égard des femmes, des enfants ou des minorités.

Selon moi, les commentaires du juge du procès dénotent une opinion toute faite des agents de police. Le juge du procès a dit, entre autres, qu'on sait que des policiers ont trompé la cour et qu'ils réagissent de façon excessive lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Elle a ensuite affirmé, dans son appréciation du témoignage rendu par le policier en question, que ces facteurs l'amenaient à conclure à «un état d'esprit suspect». Le juge du procès a commis une erreur de droit en ne fondant pas ses conclusions sur la preuve.

Le juge, à titre d'arbitre de la vérité, ne peut pas juger de la crédibilité des témoins en se fondant sur des caractéristiques sans pertinence. Tous les témoins doivent être sur un pied d'égalité devant le tribunal.

Le juge du procès a conclu la partie contestée de ses motifs de la façon suivante: «[q]uoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement». Que voulait-elle dire en déclarant fonder en partie son jugement sur ses

18

19

20

21

she mean based on her stereotyping of police officers? Or, did she mean based on her comments analysing the evidence of the parties? Based on the trial record what is clear is that the trial judge did not reach her conclusion on any facts presented at the trial.

22 It is irrelevant conjecture as to what the trial judge actually intended by these statements. I agree with my colleague Cory J., that there are other plausible explanations of these impugned comments. It may be that all of her remarks were merely intended as a hypothetical response to the Crown's suggestion that the police officer had no reason to lie, and therefore innocuous. However, we are concerned with both the fairness and the appearance of fairness of the trial, and the absence of evidence to support the judgment is an irreparable defect.

23 I agree with the approach taken by Cory J. with respect to the nature of bias and the test to be used to determine if the words or actions of a judge give rise to apprehension of bias. However, I come to a different conclusion in the application of the test to the words of the trial judge in this case. It follows that I disagree with the approach to reasonable apprehension of bias put forward by Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin.

24 The error of law that I attribute to the trial judge's assessment of the evidence or lack of evidence is sufficiently serious that a new trial is ordered.

25 In the result, I would uphold the disposition of Flinn J.A. in the Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, and dismiss the appeal.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

26 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of Justice Cory, the joint reasons of Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin and the reasons

propres commentaires? Voulait-elle dire qu'elle se fondait sur ses propres idées préconçues sur les agents de police? Ou, voulait-elle dire qu'elle se fondait sur la partie de ses commentaires analysant la preuve des parties? Il ressort clairement du dossier que le juge du procès n'a pas tiré sa conclusion à partir des faits présentés au procès.

Il ne convient pas de former des conjectures sur ce que le juge du procès a vraiment voulu dire. Je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que d'autres explications plausibles peuvent éclaircir les commentaires contestés. Il se peut que, par ces remarques, elle ait voulu simplement répondre à l'affirmation du ministère public selon laquelle l'agent de police n'avait aucune raison de mentir, d'où leur caractère inoffensif. Toutefois, nous sommes intéressés tant par l'équité du procès que par l'impression d'équité qu'il laisse, et l'absence de preuves pour appuyer le jugement est un vice irréparable.

Je suis d'accord avec l'approche retenue par le juge Cory en ce qui concerne la nature de la partialité et le critère à appliquer pour déterminer si les paroles ou les actes du juge suscitent une crainte de partialité. Cependant, j'en viens à une conclusion différente sur l'application du critère aux paroles prononcées par le juge du procès en l'espèce. Il s'ensuit que je ne puis souscrire à l'approche adoptée à l'égard du critère de la crainte raisonnable de partialité que proposent les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin.

L'erreur de droit que j'attribue au juge du procès relativement à son appréciation de la preuve ou à l'absence de preuve est suffisamment grave pour qu'un nouveau procès soit ordonné.

En définitive, je maintiendrais le dispositif du juge Flinn de la Cour d'appel (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, et je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Cory, les motifs conjoints des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin ainsi que les

of Justice Major. I agree with Cory J. and L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. as to the disposition of the appeal and with their exposition of the law on bias and impartiality and the relevance of context. However, I am in agreement with and adopt the joint reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. in their treatment of social context and the manner in which it may appropriately enter the decision-making process as well as their assessment of the trial judge's reasons and comments in the present case.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ AND MCLACHLIN JJ. —

I. Introduction

We have read the reasons of our colleague, Justice Cory, and while we agree that this appeal must be allowed, we differ substantially from him in how we reach that outcome. As a result, we find it necessary to write brief concurring reasons.

We endorse Cory J.'s comments on judging in a multicultural society, the importance of perspective and social context in judicial decision-making, and the presumption of judicial integrity. However, we approach the test for reasonable apprehension of bias and its application to the case at bar somewhat differently from our colleague.

In our view, the test for reasonable apprehension of bias established in the jurisprudence is reflective of the reality that while judges can never be neutral, in the sense of purely objective, they can and must strive for impartiality. It therefore recognizes as inevitable and appropriate that the differing experiences of judges assist them in their decision-making process and will be reflected in their judgments, so long as those experiences are relevant to the cases, are not based on inappropriate stereotypes, and do not prevent a fair and just determination of the cases based on the facts in evidence.

motifs du juge Major. Je suis d'accord avec le juge Cory. ainsi qu'avec les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin quant au dispositif du pourvoi, à l'exposé des règles de droit relatives à la partialité et à l'impartialité ainsi qu'à l'incidence du contexte. Cependant, je fais miens les motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin en ce qui a trait au contexte social et à l'influence qu'il peut à juste titre exercer sur le processus décisionnel de même que pour ce qui est de l'évaluation des motifs et des commentaires du juge du procès en l'espèce.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ ET MCLACHLIN —

I. Introduction

Nous avons pris connaissance des motifs de notre collègue le juge Cory, et, tout en convenant avec lui qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, nous ne sommes pas d'accord sur la façon de parvenir à cette solution. Nous estimons, par conséquent, nécessaire de rédiger de brefs motifs concordants. 27

Nous endossons les observations du juge Cory sur l'art de juger dans une société multiculturelle, sur l'importance de la perspective et du contexte social dans le processus décisionnel et sur la présomption d'intégrité du juge. Cependant, nous abordons de manière quelque peu différente le test de la crainte raisonnable de partialité et son application en l'espèce. 28

À notre avis, le test développé par la jurisprudence quant à la crainte raisonnable de partialité reflète cette réalité qui veut que si le juge ne peut jamais être tout à fait neutre, c'est-à-dire parfaitement objectif, il peut et il doit, néanmoins, s'efforcer d'atteindre l'impartialité. Ce test suppose donc qu'il est inévitable et légitime que l'expérience personnelle de chaque juge soit mise à profit et se reflète dans ses jugements, à condition que cette expérience soit pertinente, qu'elle ne soit pas fondée sur des stéréotypes inappropriés, et qu'elle n'entrave pas la résolution juste et équitable de l'affaire à la lumière des faits mis en preuve. 29

30

We find that on the basis of these principles, there is no reasonable apprehension of bias in the case at bar. Like Cory J. we would, therefore, overturn the findings by the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) and the majority of the Nova Scotia Court of Appeal that a reasonable apprehension of bias arises in this case, and restore the acquittal of R.D.S. This said, we disagree with Cory J.'s position that the comments of Judge Sparks were unfortunate, unnecessary, or close to the line. Rather, we find them to reflect an entirely appropriate recognition of the facts in evidence in this case and of the context within which this case arose — a context known to Judge Sparks and to any well-informed member of the community.

II. The Test for Reasonable Apprehension of Bias

31

The test for reasonable apprehension of bias is that set out by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. Though he wrote dissenting reasons, de Grandpré J.'s articulation of the test for bias was adopted by the majority of the Court, and has been consistently endorsed by this Court in the intervening two decades: see, for example, *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267. De Grandpré J. stated, at pp. 394-95:

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . . [T]hat test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly."

The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I... refus[e] to accept the suggestion that the test be related to the "very sensitive or scrupulous conscience".

Nous concluons à la lumière de ces principes qu'il ne peut y avoir crainte raisonnable de partialité en l'espèce. Nous convenons donc avec le juge Cory qu'il y a lieu d'infirmer la conclusion tirée par la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance) et par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse qu'il y ait en l'espèce une crainte raisonnable de partialité, et de rétablir l'acquittement de R.D.S. Cela dit, nous ne partageons pas l'avis du juge Cory selon lequel les observations du juge Sparks étaient malheureuses ou inutiles ou qu'elles frôlaient la limite acceptable. Au contraire, nous estimons qu'elles traduisent une appréciation tout à fait appropriée des faits mis en preuve ainsi que du contexte dans lequel l'affaire s'est déroulée, contexte connu du juge Sparks ainsi que de tout membre bien informé de la collectivité.

II. Le test applicable à la crainte raisonnable de partialité

Le test applicable à la crainte raisonnable de partialité a été énoncé par le juge de Grandpré dans *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. Bien qu'il ait été dissident, le test qu'il a formulé a été adopté par la majorité et a été constamment repris par notre Cour au cours des deux décennies subséquentes: voir par exemple *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267. Le juge de Grandpré a déclaré, aux pp. 394 et 395:

... la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [...] [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste?»

Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je [...] refuse d'admettre que le critère doit être celui d'«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne».

As Cory J. notes at para. 92, the scope and stringency of the duty of fairness articulated by de Grandpré depends largely on the role and function of the tribunal in question. Although judicial proceedings will generally be bound by the requirements of natural justice to a greater degree than will hearings before administrative tribunals, judicial decision-makers, by virtue of their positions, have nonetheless been granted considerable deference by appellate courts inquiring into the apprehension of bias. This is because judges “are assumed to be [people] of conscience and intellectual discipline, capable of judging a particular controversy fairly on the basis of its own circumstances”: *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), at p. 421. The presumption of impartiality carries considerable weight, for as Blackstone opined at p. 361 in *Commentaries on the Laws of England*, Book III, cited at footnote 49 in Richard F. Devlin, “We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S.” (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, at p. 417, “the law will not suppose a possibility of bias or favour in a judge, who is already sworn to administer impartial justice, and whose authority greatly depends upon that presumption and idea”. Thus, reviewing courts have been hesitant to make a finding of bias or to perceive a reasonable apprehension of bias on the part of a judge, in the absence of convincing evidence to that effect: *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), at pp. 60-61.

Notwithstanding the strong presumption of impartiality that applies to judges, they will nevertheless be held to certain stringent standards regarding bias — “a reasonable apprehension that the judge might not act in an entirely impartial manner is ground for disqualification”: *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at pp. 842-43.

In order to apply this test, it is necessary to distinguish between the impartiality which is required

Ainsi que le fait observer le juge Cory au par. 92, la portée de l’obligation d’agir équitablement définie par le juge de Grandpré et la rigueur avec laquelle elle s’applique varieront grandement selon le rôle et les fonctions du tribunal en question. Bien que les procédures judiciaires soient généralement davantage soumises aux impératifs de justice naturelle que ne le sont les instances administratives, les juges des tribunaux judiciaires, de par leur position, ont néanmoins, bénéficié d’une déférence considérable de la part des cours d’appel appelées à examiner une allégation de crainte raisonnable de partialité. C’est que les juges [TRADUCTION] «sont tenus pour avoir une conscience et une discipline intellectuelle et être capables de trancher équitablement un litige à la lumière de ses circonstances propres»: *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), à la p. 421. Cette présomption d’impartialité a une importance considérable puisque, comme l’a fait observer Blackstone, aux pp. 21 et 22, dans *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, cité au renvoi 49 de l’article de Richard F. Devlin intitulé «We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S.» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, à la p. 417, «la loi ne peut supposer de la faveur, de la partialité, dans un juge, qui, avant tout, s’est engagé par serment à administrer la justice avec une sévère intégrité, et dont l’autorité dépend en grande partie de l’idée qu’on a conçue de lui à cet égard». C’est ainsi que les cours d’appel ont hésité à conclure à la partialité ou à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité en l’absence d’une preuve concluante en ce sens: *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), aux pp. 60 et 61.

Malgré cette forte présomption d’impartialité, les juges sont tenus à certaines normes strictes pour ce qui est de la partialité car la «crainte raisonnable que le juge pourrait ne pas agir d’une façon complètement impartiale est un motif de récusation»: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, aux pp. 842 et 843.

Afin d’appliquer le test, il est nécessaire d’établir une distinction entre l’impartialité, à laquelle

of all judges, and the concept of judicial neutrality. The distinction we would draw is that reflected in the insightful words of Benjamin N. Cardozo in *The Nature of the Judicial Process* (1921), at pp. 12-13 and 167, where he affirmed the importance of impartiality, while at the same time recognizing the fallacy of judicial neutrality:

There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them — inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own.

. . . .

Deep below consciousness are other forces, the likes and the dislikes, the predilections and the prejudices, the complex of instincts and emotions and habits and convictions, which make the [person], whether he [or she] be litigant or judge.

35

Cardozo recognized that objectivity was an impossibility because judges, like all other humans, operate from their own perspectives. As the Canadian Judicial Council noted in *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12, “[t]here is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact”. What is possible and desirable, they note, is impartiality:

. . . the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind.

sont tenus tous les juges, et la neutralité. Cette distinction fait écho aux propos de Benjamin N. Cardozo dans *The Nature of the Judicial Process* (1921), aux pp. 12, 13 et 167, où il a affirmé l'importance de l'impartialité tout en reconnaissant l'illusion de la neutralité du juge:

[TRADUCTION] Il y a en chacun de nous une tendance, qu'on peut appeler philosophie ou autre chose, qui donne cohérence et orientation à la pensée et à l'action. Le juge ne peut pas plus se soustraire à ce courant que le commun des mortels. Sa vie durant, des forces dont il n'a pas conscience et qu'il ne peut nommer, l'ont entraîné — instincts, atavismes, croyances traditionnelles, convictions acquises; et la résultante est une perspective sur la vie, une conception des besoins sociaux . . . Chaque problème qui se pose à l'esprit se détache sur cette toile de fond. Nous pouvons essayer de voir les choses le plus objectivement possible. Il n'empêche que nous ne pouvons les voir avec d'autres yeux que les nôtres propres.

. . . .

Dans notre subconscient se trouvent enfouies d'autres forces, préférences et aversions, prédilections et préventions, tout un ensemble d'instincts, d'émotions, d'habitudes et de convictions, qui font l'être humain, qu'il soit juge ou justiciable.

Cardozo reconnaît que l'objectivité est chose impossible parce que les juges, comme tous les autres êtres humains, sont conditionnés par leur propre perspective. Ainsi que l'a noté le Conseil canadien de la magistrature dans ses *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15, «[t]out être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous». Ce qui est possible et souhaitable, selon le Conseil, c'est l'impartialité:

La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre, de permettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

III. The Reasonable Person

The presence or absence of an apprehension of bias is evaluated through the eyes of the reasonable, informed, practical and realistic person who considers the matter in some detail (*Committee for Justice and Liberty, supra.*) The person postulated is not a “very sensitive or scrupulous” person, but rather a right-minded person familiar with the circumstances of the case.

It follows that one must consider the reasonable person’s knowledge and understanding of the judicial process and the nature of judging as well as of the community in which the alleged crime occurred.

A. *The Nature of Judging*

As discussed above, judges in a bilingual, multi-racial and multicultural society will undoubtedly approach the task of judging from their varied perspectives. They will certainly have been shaped by, and have gained insight from, their different experiences, and cannot be expected to divorce themselves from these experiences on the occasion of their appointment to the bench. In fact, such a transformation would deny society the benefit of the valuable knowledge gained by the judiciary while they were members of the Bar. As well, it would preclude the achievement of a diversity of backgrounds in the judiciary. The reasonable person does not expect that judges will function as neutral ciphers; however, the reasonable person does demand that judges achieve impartiality in their judging.

It is apparent, and a reasonable person would expect, that triers of fact will be properly influenced in their deliberations by their individual perspectives on the world in which the events in dispute in the courtroom took place. Indeed, judges must rely on their background knowledge in fulfilling their adjudicative function. As David M. Paciocco and Lee Stuesser write in their book *The Law of Evidence* (1996), at p. 277:

In general, the trier of fact is entitled simply to apply common sense and human experience in determining whether evidence is credible and in deciding what use, if

III. La personne raisonnable

L’existence d’une crainte raisonnable de partialité ou son absence est déterminée par référence à une personne raisonnable, bien renseignée, qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique (*Committee for Justice and Liberty, précité*). Cette personne n’est pas «de nature scrupuleuse ou tatillonne», c’est plutôt une personne sensée qui connaît les circonstances de la cause.

Il s’ensuit que ce qui entre en ligne de compte, ce sont la connaissance et la compréhension que la personne raisonnable a du processus judiciaire et de l’exercice de la justice ainsi que de la collectivité où le crime reproché a été commis.

A. *La nature de l’art de juger*

Comme nous l’avons déjà noté, il est indubitable que dans une société bilingue, multiraciale et multiculturelle, chaque juge aborde l’exercice de la justice dans une perspective qui lui est propre. Il aura certainement été conditionné et formé par ses expériences personnelles, et on ne peut s’attendre à ce qu’il s’en départisse dès qu’il est nommé juge. En fait, pareille transformation priverait la société du bénéfice des précieuses connaissances acquises alors qu’il était encore avocat. De même, elle empêcherait la réunion d’une diversité d’expériences au sein de la magistrature. La personne raisonnable ne s’attend pas à ce que le juge joue le rôle d’un figurant neutre; elle exige cependant qu’il fasse preuve d’impartialité lorsqu’il rend justice.

Il est manifeste, et la personne raisonnable s’y attend, que le juge des faits est à juste titre influencé dans ses délibérations par sa propre conception du monde dans lequel ont eu lieu les faits litigieux. En effet, il doit s’appuyer sur ses acquis antérieurs pour exercer ses fonctions juridictionnelles. Ainsi que l’ont écrit David M. Paciocco et Lee Stuesser dans *The Law of Evidence* (1996), à la p. 277:

[TRADUCTION] *En général, le juge des faits est habilité simplement à appliquer le bon sens et l’expérience humaine pour décider si la preuve est digne de foi et*

36

37

38

39

any, to make of it in coming to its finding of fact. [Emphasis in original.]

quel usage, le cas échéant, il peut en faire pour tirer ses conclusions de faits. [En italique dans l'original.]

40

At the same time, where the matter is one of identifying and applying the law to the findings of fact, it must be the law that governs and not a judge's individual beliefs that may conflict with the law. Further, notwithstanding that their own insights into human nature will properly play a role in making findings of credibility or factual determinations, judges must make those determinations only after being equally open to, and considering the views of, all parties before them. The reasonable person, through whose eyes the apprehension of bias is assessed, expects judges to undertake an open-minded, carefully considered, and dispassionately deliberate investigation of the complicated reality of each case before them.

Par contre, quand il s'agit de savoir quelle règle de droit il faut appliquer aux conclusions de faits, ce sont les principes juridiques qui s'imposent et non les croyances personnelles du juge qui peuvent aller à l'encontre de ces principes. Qui plus est, bien que sa compréhension de la nature humaine influe légitimement sur ses conclusions concernant la crédibilité ou les faits, le juge ne doit les tirer qu'après avoir fait preuve d'ouverture d'esprit à l'égard de toutes les parties au litige et après avoir examiné leurs prétentions. La personne raisonnable, à travers les yeux de laquelle est évaluée la crainte de partialité, s'attend à ce que le juge procède avec un esprit ouvert à l'examen prudent, détaché et circonspect de la réalité complexe de chaque affaire dont il est saisi.

41

It is axiomatic that all cases litigated before judges are, to a greater or lesser degree, complex. There is more to a case than who did what to whom, and the questions of fact and law to be determined in any given case do not arise in a vacuum. Rather, they are the consequence of numerous factors, influenced by the innumerable forces which impact on them in a particular context. Judges, acting as finders of fact, must inquire into those forces. In short, they must be aware of the context in which the alleged crime occurred.

À l'évidence, tous les litiges soumis à la justice sont, à des degrés divers, complexes. Il ne s'agit pas seulement de savoir qui a fait quoi à qui; les points de fait et de droit à résoudre dans un cas donné ne sont pas soulevés dans un vacuum. Au contraire, ils sont le fait de nombreux agents et sont influencés par les innombrables forces qui s'exercent sur eux dans un contexte donné. Le juge, qui se prononce sur les faits, doit s'enquérir de ces forces. En somme, il doit être conscient du contexte dans lequel le crime reproché a été commis.

42

Judicial inquiry into the factual, social and psychological context within which litigation arises is not unusual. Rather, a conscious, contextual inquiry has become an accepted step towards judicial impartiality. In that regard, Professor Jennifer Nedelsky's "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997), 42 *McGill L.J.* 91, at p. 107, offers the following comment:

Il n'est pas inusité que le juge examine le contexte factuel, social et psychologique dans lequel naît le litige. De fait, l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge. À ce propos, le professeur Jennifer Nedelsky, dans son article intitulé «Embodied Diversity and the Challenges to Law» (1997), 42 *R.D. McGill* 91, fait le commentaire suivant à la p. 107:

What makes it possible for us to genuinely judge, to move beyond our private idiosyncracies and preferences, is our capacity to achieve an "enlargement of mind". We do this by taking different perspectives into account. This is the path out of the blindness of our subjective private conditions. The more views we are able to take into account, the less likely we are to be locked

[TRADUCTION] Ce qui nous permet de juger vraiment, de nous écarter de nos particularités et préférences personnelles, c'est la faculté d'ouvrir notre esprit. Nous y arrivons en prenant en considération différentes perspectives. C'est le moyen de sortir de l'aveuglement de notre subjectivité. Plus nous sommes en mesure de tenir compte de vues différentes, moins nous sommes suscep-

into one perspective It is the capacity for “enlargement of mind” that makes autonomous, impartial judgment possible.

Judicial inquiry into context provides the requisite background for the interpretation and the application of the law. For example, in a case involving alleged police misconduct in denying an accused’s right to counsel, this Court inquired not simply into whether the accused had been read their *Charter* rights, but also used a contextual approach to ensure that the purpose of the constitutionally protected right was fulfilled: *R. v. Barile*, [1994] 3 S.C.R. 173. The Court, placing itself in the position of the accused, asked how the accused would have experienced and responded to arrest and detention. Against this background, the Court went on to determine what was required to make the right to counsel truly meaningful. This inquiry provided the Court with a larger picture, which was in turn conducive to a more just determination of the case.

An understanding of the context or background essential to judging may be gained from testimony from expert witnesses in order to put the case in context: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), and *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, from academic studies properly placed before the Court; and from the judge’s personal understanding and experience of the society in which the judge lives and works. This process of enlargement is not only consistent with impartiality; it may also be seen as its essential precondition.

A reasonable person far from being troubled by this process, would see it as an important aid to judicial impartiality.

B. *The Nature of the Community*

The reasonable person, identified by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, is an informed and right-minded member of the community, a community which, in Canada, supports the fundamental principles

tibles d’être enfermés dans une seule perspective [. . .] C’est cette faculté d’ouvrir notre esprit qui rend possible le jugement indépendant et impartial.

L’examen du contexte par le juge permet de définir la toile de fond nécessaire à l’interprétation et à l’application de la loi. Par exemple, dans une affaire où la police avait été accusée d’inconduite pour avoir dénié à l’accusé le droit de consulter un avocat, la Cour ne s’est pas contentée de vérifier si les agents avaient fait lecture à l’accusé des droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*, elle a adopté une approche contextuelle pour s’assurer que l’objectif du droit protégé par la Constitution était réalisé: *R. c. Barile*, [1994] 3 R.C.S. 173. La Cour, se mettant à la place de l’accusé, s’est demandé comment celui-ci aurait réagi à l’arrestation et la détention. Dans ce contexte, elle a déterminé ce qui était nécessaire pour que le droit à l’assistance d’un avocat prenne tout son sens. Cet examen lui a donné une vue d’ensemble de l’affaire, ce qui a abouti à une décision plus juste.

Le juge peut se faire une idée claire du contexte ou de l’historique, ce qui est essentiel pour rendre justice, en s’appuyant sur les témoignages d’experts qui replacent l’affaire dans son contexte (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), et *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813), sur les ouvrages de doctrine dûment produits en preuve ainsi que sur sa propre compréhension et son expérience de la société au sein de laquelle il vit et travaille. Ce processus d’ouverture est non seulement conforme à l’impartialité, il peut aussi à juste titre être considéré comme une condition préalable essentielle.

Loin d’être préoccupée par ce processus, la personne raisonnable y verrait un important outil de l’impartialité du juge.

B. *La nature de la collectivité*

La personne raisonnable dont parle le juge de Grandpré dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, est un membre informé et sensé de la collectivité qui, au Canada, souscrit aux principes constitutionnalisés par la *Charte*. Ces prin-

43

44

45

46

entrenched in the Constitution by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Those fundamental principles include the principles of equality set out in s. 15 of the *Charter* and endorsed in nationwide quasi-constitutional provincial and federal human rights legislation. The reasonable person must be taken to be aware of the history of discrimination faced by disadvantaged groups in Canadian society protected by the *Charter's* equality provisions. These are matters of which judicial notice may be taken. In *Parks*, *supra*, at p. 342, Doherty J.A., did just this, stating:

Racism, and in particular anti-black racism, is a part of our community's psyche. A significant segment of our community holds overtly racist views. A much larger segment subconsciously operates on the basis of negative racial stereotypes. Furthermore, our institutions, including the criminal justice system, reflect and perpetuate those negative stereotypes.

47

The reasonable person is not only a member of the Canadian community, but also, more specifically, is a member of the local communities in which the case at issue arose (in this case, the Nova Scotian and Halifax communities). Such a person must be taken to possess knowledge of the local population and its racial dynamics, including the existence in the community of a history of widespread and systemic discrimination against black and aboriginal people, and high profile clashes between the police and the visible minority population over policing issues: *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution* (1989); *R. v. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394 (Co. Ct.). The reasonable person must thus be deemed to be cognizant of the existence of racism in Halifax, Nova Scotia. It follows that judges may take notice of actual racism known to exist in a particular society. Judges have done so with respect to racism in Nova Scotia. In *Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91 (Fam. Ct.), it was stated at p. 108:

[Racism] is a pernicious reality. The issue of racism existing in Nova Scotia has been well documented in the Marshall Inquiry Report (sub. nom. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*). A per-

cipes fondamentaux embrassent les principes d'égalité prévus à l'art. 15 de la *Charte* et consacrés au pays par les lois quasi constitutionnelles fédérales et provinciales sur les droits de la personne. La personne raisonnable est censée connaître le passé de discrimination dont ont souffert les groupes défavorisés de la société canadienne que protègent les dispositions de la *Charte* relatives aux droits à l'égalité. Il s'agit de facteurs dont le juge peut prendre connaissance d'office. C'est ce qu'a fait le juge Doherty de la Cour d'appel dans *Parks*, précité, en déclarant ce qui suit à la p. 342:

[TRADUCTION] Le racisme, en particulier le racisme anti-noir, est partie intégrante de la mentalité de notre société. Une couche importante de la société professe ouvertement des vues racistes. Une couche plus large encore est inconsciemment influencée par des stéréotypes raciaux négatifs. De surcroît, nos institutions, y compris la justice pénale, reflètent ces stéréotypes négatifs qu'elles perpétuent.

La personne raisonnable fait non seulement partie de la société canadienne, mais, plus particulièrement, des collectivités où l'affaire a pris naissance (en l'espèce, la Nouvelle-Écosse et Halifax). Cette personne est censée connaître la population locale et sa dynamique raciale, y compris son passé de discrimination généralisée et systémique contre les Noirs et les Autochtones, ainsi que les heurts retentissants entre la police et les minorités visibles sur des questions de police: *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils* (1989); *R. c. Smith* (1991), 109 N.S.R. (2d) 394 (C. cté). La personne raisonnable doit donc être réputée au fait de l'existence du racisme à Halifax (Nouvelle-Écosse). Il s'ensuit que le juge peut prendre connaissance d'office du racisme dont l'existence est notoire dans une société donnée. C'est ce qu'ont fait les juges pour ce qui est du racisme en Nouvelle-Écosse. Dans l'affaire *Nova Scotia (Minister of Community Services) c. S.M.S.* (1992), 110 N.S.R. (2d) 91 (Trib. fam.), le tribunal s'exprime ainsi à la p. 108:

[TRADUCTION] [Le racisme] est une réalité pernicieuse. Son existence en Nouvelle-Écosse a été bien documentée dans le rapport d'enquête sur l'affaire Marshall (c'est-à-dire la *Commission royale sur les poursuites*

son would have to be stupid, complacent or ignorant not to acknowledge its presence, not only individually, but also systemically and institutionally.

We conclude that the reasonable person contemplated by de Grandpré J., and endorsed by Canadian courts is a person who approaches the question of whether there exists a reasonable apprehension of bias with a complex and contextualized understanding of the issues in the case. The reasonable person understands the impossibility of judicial neutrality, but demands judicial impartiality. The reasonable person is cognizant of the racial dynamics in the local community, and, as a member of the Canadian community, is supportive of the principles of equality.

Before concluding that there exists a reasonable apprehension of bias in the conduct of a judge, the reasonable person would require some clear evidence that the judge in question had improperly used his or her perspective in the decision-making process; this flows from the presumption of impartiality of the judiciary. There must be some indication that the judge was not approaching the case with an open mind fair to all parties. Awareness of the context within which a case occurred would not constitute such evidence; on the contrary, such awareness is consistent with the highest tradition of judicial impartiality.

IV. Application of the Test to the Facts

In assessing whether a reasonable person would perceive the comments of Judge Sparks to give rise to a reasonable apprehension of bias, it is important to bear in mind that the impugned reasons were delivered orally. As Professor Devlin puts it in “We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*”, *supra*, at p. 414:

Trial judges have a heavy workload that allows little time for meticulously thought-through reasoning. This is particularly true when decisions are delivered orally immediately after counsel have finished their arguments.

intendées contre Donald Marshall fils). Il faudrait être stupide, suffisant ou ignorant pour ne pas en reconnaître la présence, non seulement chez les individus, mais aussi au sein du système et des institutions.

Nous concluons que la personne raisonnable, dont parle le juge de Grandpré et qu’ont adoptée les tribunaux canadiens, aborde la question de savoir s’il y a crainte raisonnable de partialité avec une compréhension nuancée et contextuelle des éléments en litige. Elle comprend qu’il est impossible au juge d’être neutre, mais elle exige son impartialité. Elle connaît la dynamique raciale de la collectivité locale et, en tant que membre de la société canadienne, elle souscrit aux principes d’égalité.

Cette personne raisonnable ne conclurait pas que les actes d’un juge suscitent une crainte raisonnable de partialité sans une preuve établissant clairement qu’il a indûment fait intervenir son point de vue dans son jugement; cette exigence découle de la présomption d’impartialité du juge. Il faut qu’il y ait une indication que le juge n’a pas abordé l’affaire avec un esprit ouvert et équitable envers toutes les parties. La connaissance du contexte dans lequel l’affaire a eu lieu ne saurait constituer une telle preuve; au contraire, elle est la marque de la plus haute tradition d’impartialité judiciaire.

IV. Application du test aux faits de l’espèce

Pour évaluer si une personne raisonnable percevrait les propos tenus par le juge Sparks comme susceptibles de donner lieu à une crainte raisonnable de partialité, il est important de rappeler que les motifs attaqués ont été prononcés oralement à l’audience même. Ainsi que l’a fait observer le professeur Devlin dans «We Can’t Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*», *loc. cit.*, à la p. 414:

[TRADUCTION] Les juges de première instance ont une lourde charge de travail qui ne leur donne guère le temps de motiver par le menu leurs décisions. Il en est particulièrement ainsi des jugements rendus oralement dès la clôture des débats.

48

49

50

(See also *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664.)

It follows that for the purposes of this appeal, the oral reasons issued by Judge Sparks should be read in their entirety, and the impugned passages should be construed in light of the whole of the trial proceedings and in light of all other portions of the judgment.

51 Judge Sparks was faced with contradictory testimony from the only two witnesses, the appellant R.D.S., and Constable Stienburg. Both testified as to the events that occurred and were subjected to cross-examination. As trier of fact, Judge Sparks was required to assess their testimony, and to determine whether or not, on the evidence before her, she had a reasonable doubt as to the guilt of the appellant R.D.S. It is evident in the transcript that Judge Sparks proceeded to do just that.

52 Judge Sparks briefly summarized the contradictory evidence offered by the two witnesses, and then made several observations about credibility. She noted that R.D.S. testified quite candidly, and with considerable detail. She remarked that contrary to the testimony of Constable Stienburg, it was the evidence of R.D.S. that when he arrived on the scene on his bike, his cousin was handcuffed and not struggling in any way. She found the level of detail that R.D.S. provided to have “a ring of truth”, and found him to be “a rather honest young boy”. In the end, while Judge Sparks specifically noted that she did not accept all the evidence given by R.D.S., she nevertheless found him to have raised a reasonable doubt by raising queries in her mind as to what actually occurred.

53 It is important to note that having already found R.D.S. to be credible, and having accepted a sufficient portion of his evidence to leave her with a reasonable doubt as to his guilt, Judge Sparks necessarily disbelieved at least a portion of the conflicting evidence of Constable Stienburg. At that point, Judge Sparks made reference to the submissions of the Crown that “there’s absolutely no reason to attack the credibility of the officer”, and

(Voir aussi *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 664.)

Il s’ensuit que, dans le cadre du présent pourvoi, il faut lire l’intégralité des motifs prononcés oralement par le juge Sparks, et les passages attaqués doivent être interprétés à la lumière de l’ensemble des procédures de première instance, et compte tenu des autres passages du jugement.

Le juge Sparks a entendu les témoignages contradictoires des deux seuls témoins, l’appelant R.D.S. et l’agent de police Stienburg. L’un et l’autre ont témoigné sur ce qui s’était passé et ils ont été contre-interrogés. À titre de juge des faits, le juge Sparks devait peser leurs témoignages respectifs et décider si, à la lumière de la preuve produite, elle avait un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’appelant R.D.S. Il ressort de la transcription des débats que c’est exactement ce qu’elle a fait.

Le juge Sparks a brièvement récapitulé les témoignages contradictoires des deux témoins, puis a fait plusieurs observations en matière de crédibilité. Elle a noté que R.D.S. témoignait en toute franchise et donnait beaucoup de détails. Elle a fait remarquer que, contrairement à l’agent Stienburg, R.D.S. a témoigné qu’à son arrivée à bicyclette sur les lieux, son cousin avait les menottes aux poignets et ne se débattait pas du tout. Elle a trouvé que l’abondance des détails donnés par R.D.S. avait [TRADUCTION] «l’accent de la vérité» et que celui-ci était [TRADUCTION] «un garçon plutôt honnête». Enfin, tout en notant expressément qu’elle n’ajoutait pas foi à la totalité du témoignage de R.D.S., elle a conclu qu’il avait soulevé un doute raisonnable en suscitant dans son esprit des questions sur ce qui s’était réellement passé.

Il est important de noter qu’ayant jugé R.D.S. digne de foi et ayant trouvé suffisamment d’éléments dans son témoignage pour susciter un doute raisonnable sur sa culpabilité, le juge Sparks rejetait par le fait même une partie au moins du témoignage contradictoire de l’agent Stienburg. Elle a alors rappelé la prétention du ministère public selon laquelle [TRADUCTION] «il n’y a absolument aucune raison d’attaquer la crédibilité du policier»

then addressed herself to why there might, in fact, be a reason to attack the credibility of the officer in this case. It is in this context that Judge Sparks made the statements which have prompted this appeal:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.

These remarks do not support the conclusion that Judge Sparks found Constable Stienburg to have lied. In fact, Judge Sparks did quite the opposite. She noted firstly, that she was not saying Constable Stienburg had misled the court, although that could be an explanation for his evidence. She then went on to remark that she was not saying that Constable Stienburg had overreacted, though she was alive to that possibility given that it had happened with police officers in the past, and in particular, it had happened when police officers were dealing with non-white groups. Finally, Judge Sparks concluded that, though she was not willing to say that Constable Stienburg did overreact, it was her belief that he probably overreacted. And, in support of that finding, she noted that she accepted the evidence of R.D.S. that "he was told to shut up or he would be under arrest".

At no time did Judge Sparks rule that the probable overreaction by Constable Stienburg was motivated by racism. Rather, she tied her finding of probable overreaction to the evidence that Constable Stienburg had threatened to arrest the appellant R.D.S. for speaking to his cousin. At the same

et a expliqué ensuite pourquoi il pourrait y avoir en fait une raison de le faire dans le cas présent. C'est dans ce contexte qu'elle a fait l'observation suivante qui est à l'origine du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

Quoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquiescement.

Ces observations ne permettent pas de conclure que le juge Sparks a statué que l'agent Stienburg avait menti. En fait, elle dit exactement le contraire. Elle a noté pour commencer qu'elle ne disait pas qu'il avait trompé la cour, bien que cela puisse expliquer son témoignage. Elle a ensuite fait remarquer qu'elle ne disait pas qu'il avait réagi de façon excessive, bien qu'elle reconnaisse cette possibilité étant donné que des agents de police l'avaient fait par le passé, en particulier lorsqu'ils avaient affaire à des groupes non blancs. Enfin, elle a conclu que tout en n'étant pas disposée à dire que l'agent Stienburg avait effectivement réagi de façon excessive, elle pensait qu'il l'avait vraisemblablement fait. Et à l'appui de cette conclusion, elle a fait remarquer qu'elle ajoutait foi à l'affirmation de R.D.S. selon laquelle l'agent de police «lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté».

À aucun moment le juge Sparks n'a statué que la réaction vraisemblablement excessive de l'agent de police Stienburg était motivée par le racisme. Au contraire, elle a lié sa conclusion relative à la réaction vraisemblablement excessive à la preuve établissant que l'agent de police Stienburg avait

time, there was evidence capable of supporting a finding of racially motivated overreaction. At an earlier point in the proceedings, she had accepted the evidence that the other youth arrested that day, was handcuffed and thus secured when R.D.S. approached. This constitutes evidence which could lead one to question why it was necessary for both boys to be placed in choke holds by Constable Stienburg, purportedly to secure them. In the face of such evidence, we respectfully disagree with the views of our colleagues Cory and Major JJ. that there was no evidence on which Judge Sparks could have found "racially motivated" overreaction by the police officer.

menacé d'arrêter l'appelant R.D.S. parce que celui-ci parlait à son cousin. Au surplus, il y avait des éléments de preuve susceptibles d'appuyer une conclusion qu'il y avait eu réaction excessive fondée sur le racisme. Le juge Sparks avait accepté plus tôt le témoignage selon lequel l'autre adolescent arrêté ce jour-là, était menotté, et donc maîtrisé, lorsque R.D.S. est arrivé sur les lieux. Il s'agit d'une preuve qui pourrait amener quelqu'un à se demander pourquoi l'agent de police Stienburg avait estimé nécessaire d'appliquer une prise d'étranglement aux deux garçons, soi-disant pour les maîtriser. Devant une telle preuve, nous ne pouvons partager l'avis de nos collègues les juges Cory et Major voulant qu'il n'y ait eu aucune preuve à partir de laquelle le juge Sparks aurait pu conclure à une réaction excessive «fondée sur la discrimination raciale» de la part de l'agent de police.

56 While it seems clear that Judge Sparks did not in fact relate the officer's probable overreaction to the race of the appellant R.D.S., it should be noted that if Judge Sparks had chosen to attribute the behaviour of Constable Stienburg to the racial dynamics of the situation, she would not necessarily have erred. As a member of the community, it was open to her to take into account the well-known presence of racism in that community and to evaluate the evidence as to what occurred against that background.

S'il semble clair que le juge Sparks n'a pas dans les faits établi un rapport entre la réaction vraisemblablement excessive de l'agent de police et la race de l'appelant R.D.S., il faut noter que même si elle avait choisi d'imputer l'attitude de l'agent à la dynamique raciale de la situation, elle n'aurait pas forcément commis une erreur. En tant que membre de la collectivité, il lui était loisible de prendre en considération l'existence notoire du racisme dans cette collectivité et d'apprécier la preuve quant à ce qui s'est produit en tenant compte de ce contexte.

57 That Judge Sparks recognized that police officers sometimes overreact when dealing with non-white groups simply demonstrates that in making her determination in this case, she was alive to the well-known racial dynamics that may exist in interactions between police officers and visible minorities. As found by Freeman J.A. in his dissenting judgment at the Court of Appeal (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, at p. 294:

Le fait que le juge Sparks ait reconnu que les agents de police réagissent quelquefois de façon excessive quand ils ont affaire à des groupes non blancs signifie tout simplement qu'en rendant son jugement, elle avait parfaitement conscience de la dynamique raciale notoire qui a pu exister dans les relations entre agents de police et minorités visibles. Ainsi que l'a fait observer le juge Freeman de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents (1995), 145 N.S.R. (2d) 284, à la p. 294:

The case was racially charged, a classic confrontation between a white police officer representing the power of the state and a black youth charged with an offence. Judge Sparks was under a duty to be sensitive to the nuances and implications, and to rely on her own com-

[TRADUCTION] L'affaire était délicate en raison de son aspect racial, c'était la confrontation classique entre un agent de police blanc représentant le pouvoir de l'État et un adolescent noir inculpé d'une infraction. Le juge Sparks se devait d'être sensible aux nuances et aux

mon sense which is necessarily informed by her own experience and understanding.

Given these facts, the question is whether a reasonable and right-minded person, informed of the circumstances of this case, and knowledgeable about the local community and about Canadian *Charter* values, would perceive that the reasons of Judge Sparks would give rise to a reasonable apprehension of bias. In our view, they would not. The clear evidence of prejudgment required to sustain a reasonable apprehension of bias is nowhere to be found.

Judge Sparks' oral reasons show that she approached the case with an open mind, used her experience and knowledge of the community to achieve an understanding of the reality of the case, and applied the fundamental principle of proof beyond a reasonable doubt. Her comments were based entirely on the case before her, were made after a consideration of the conflicting testimony of the two witnesses and in response to the Crown's submissions, and were entirely supported by the evidence. In alerting herself to the racial dynamic in the case, she was simply engaging in the process of contextualized judging which, in our view, was entirely proper and conducive to a fair and just resolution of the case before her.

V. Conclusion

In the result, we agree with Cory J. as to the disposition of this case. We would allow the appeal, overturn the findings of the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) and the majority of the

Nova Scotia Court of Appeal, and restore the acquittal of the appellant R.D.S.

The judgment of Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

CORY J. — In this appeal, it must be determined whether a reasonable apprehension of bias arises

sous-entendus, et de s'en remettre à son propre sens commun, lequel est nécessairement teinté par son expérience et sa vision du monde.

Dans ce contexte, il faut se demander si une personne raisonnable et sensée, informée des circonstances de l'affaire et au fait de la situation locale ainsi que des valeurs consacrées par la *Charte*, estimerait que les motifs de jugement prononcés par le juge Sparks suscitent une crainte raisonnable de partialité. À notre avis, une personne raisonnable ne le penserait pas. Il n'y a pas de preuve établissant clairement l'existence d'un préjugé justifiant une crainte raisonnable de partialité.

Les motifs prononcés oralement par le juge Sparks montrent qu'elle a examiné l'affaire avec un esprit ouvert, qu'elle s'est servie de son expérience et de sa connaissance de la collectivité pour comprendre la réalité de l'affaire, et qu'elle a appliqué la règle fondamentale de la preuve hors de tout doute raisonnable. Ses observations étaient entièrement fondées sur la preuve devant elle, après avoir pesé le témoignage contradictoire des deux témoins et en réponse aux arguments du ministère public. Enfin, ces observations étaient entièrement justifiées par la preuve produite. En se montrant attentive à la dynamique raciale de l'affaire, elle s'est tout simplement efforcée de rendre justice à la lumière du contexte, ce qui était, à notre avis, tout à fait légitime et de nature à favoriser la résolution juste et équitable de l'affaire.

V. Conclusion

En définitive, nous partageons l'avis du juge Cory quant à la façon de trancher le pourvoi. Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier les conclusions de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance) et de la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et de rétablir le verdict d'acquiescement de l'appellant R.D.S.

Version française du jugement des juges Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Dans le présent pourvoi, il faut déterminer si les commentaires qu'a formulés

58

59

60

61

from comments made by the trial judge in providing her reasons for acquitting the accused.

I. Facts

62 R.D.S. is an African-Canadian youth. When he was 15 years of age he was charged with three offences: unlawfully assaulting Constable Donald Stienburg; unlawfully assaulting Constable Stienburg with the intention of preventing the arrest of N.R.; and unlawfully resisting Constable Stienburg in the lawful execution of his duty.

63 The Crown proceeded with the charges by way of summary conviction. There were only two witnesses at the trial: R.D.S. himself and Constable Stienburg. Their accounts of the relevant events differed widely. The credibility of these witnesses would determine the outcome of the charges.

A. Constable Stienburg's Evidence

64 Constable Stienburg testified that he was in his police cruiser with his partner when a radio transmission alerted them that other officers were in pursuit of a stolen van. In the car was a "ride-along", Leslie Lane, who was unable to testify at the trial. The occupants of the stolen van were described as "non-white" youths. When Constable Stienburg and his partner arrived at the designated area they saw two black youths running across the street in front of them. Constable Stienburg detained one of the individuals, N.R., while his partner pursued the other. He testified that there were a number of other people standing around at the time.

65 N.R. was detained outside the police car since the "ride along" was in the back seat. While Constable Stienburg was standing by the side of the road with N.R., the accused, R.D.S., came towards Constable Stienburg on his bicycle. Constable Stienburg testified that R.D.S. ran into his legs, and while still on the bicycle, yelled at him and pushed him. R.D.S. was then arrested for interfering with the arrest of N.R., and Constable

le juge du procès en motivant sa décision d'acquitter l'accusé suscitent une crainte raisonnable de partialité.

I. Les faits

R.D.S. est un jeune afro-canadien. À l'âge de 15 ans, il a été accusé de trois infractions: avoir illégalement exercé des voies de fait contre l'agent de police Donald Stienburg, avoir illégalement exercé des voies de fait contre l'agent Stienburg dans l'intention d'empêcher l'arrestation de N.R. et avoir illégalement résisté à l'agent Stienburg agissant dans l'exercice de ses fonctions.

Le ministère public a procédé par voie sommaire. Deux personnes seulement ont témoigné au procès: R.D.S. lui-même et l'agent Stienburg. Ils ont donné des versions des événements largement différentes. Le sort des accusations reposait sur la crédibilité des témoins.

A. Le témoignage de l'agent Stienburg

L'agent Stienburg a témoigné qu'il était dans sa voiture de patrouille avec son collègue lorsqu'une transmission radio les a prévenus que d'autres agents étaient à la poursuite d'une camionnette volée. Dans la voiture se trouvait un «passager», Leslie Lane, qui n'a pu témoigner au procès. Les occupants de la camionnette volée ont été identifiés comme étant des adolescents «non blancs». Lorsque l'agent Stienburg et son collègue sont arrivés à l'endroit indiqué, ils ont vu deux jeunes Noirs traverser la rue en courant devant eux. L'agent Stienburg s'est emparé de l'un des individus, N.R., pendant que son collègue se mettait à la poursuite de l'autre. Il a témoigné que plusieurs personnes se trouvaient alors sur les lieux.

N.R. a été détenu à l'extérieur de la voiture de police étant donné que le «passager» prenait place sur le siège arrière. Tandis que l'agent Stienburg se tenait sur le bord de la route avec N.R., l'accusé, R.D.S., s'est dirigé vers lui à bicyclette. L'agent Stienburg a témoigné que R.D.S. lui a foncé dans les jambes et, toujours à bicyclette, l'a poussé en criant. R.D.S. a alors été arrêté pour avoir entravé l'arrestation de N.R. et l'agent Stienburg a

Stienburg called for back-up. Constable Stienburg stated that he put both R.D.S. and N.R. in “a neck restraint”. When R.D.S. was finally brought to the police station, he was read his rights, and charged with the three offences.

In cross-examination, it was suggested to Constable Stienburg that R.D.S. had been overcharged. It was pointed out that R.D.S. had no prior record and it was suggested, although not particularly clearly, that R.D.S. had been singled out because he was black.

B. *Testimony of R.D.S.*

R.D.S. testified that he remembered that the weather on the particular day was misty and humid. While riding his bike from his grandmother’s to his mother’s house he saw the police car and the crowd standing beside it. A friend told him that his cousin N.R. had been arrested. R.D.S. approached the crowd, and stopped his bike when he saw N.R. and the officer. R.D.S. then tried to talk to N.R. to ask him what had happened and to find out if he should tell N.R.’s mother. Constable Stienburg told him: “Shut up, shut up, or you’ll be under arrest too”. When R.D.S. continued to ask N.R. if he should call his mother, Constable Stienburg arrested R.D.S. and put him in a choke hold. R.D.S. indicated that he could not breathe, and that he heard a woman tell the officer to “Let that kid go . . .” He also heard her ask for his phone number. He could not talk so N.R. gave the number to her. R.D.S. indicated that the crowd standing around were all “little kids” under the age of 12. He denied that he ran into anyone or that he intended to run into anyone on his bike. He also testified that his hands remained on the handlebars, and he did not push the officer.

In cross-examination, he indicated that the reason he approached the crowd was because he was “being nosey”. He remembered that N.R. was handcuffed when he arrived. Both R.D.S. and N.R. were placed in a choke hold at the same time. He repeated his denial that he touched the officer

demandé des renforts. Il a déclaré qu’il avait maîtrisé R.D.S. et N.R. en leur faisant une clé autour du cou. R.D.S. a finalement été conduit au poste de police où on lui a fait lecture de ses droits, et il a été inculpé des trois infractions.

En contre-interrogatoire, on a demandé à l’agent Stienburg si les accusations portées contre R.D.S. n’étaient pas excessives. On a souligné que R.D.S. n’avait pas de casier judiciaire, et on a laissé entendre, sans toutefois que cela soit particulièrement clair, qu’on s’en était pris à lui parce qu’il était Noir.

B. *Le témoignage de R.D.S.*

R.D.S. a témoigné qu’il se rappelait que, ce jour-là, le temps était brumeux et humide. Alors qu’il se rendait à bicyclette de la maison de sa grand-mère à celle de sa mère, il a aperçu la voiture de police et l’attroupement qui s’était formé autour. Un ami lui a dit que son cousin N.R. avait été arrêté. R.D.S. s’est approché, puis a arrêté sa bicyclette en voyant N.R. et le policier. Il a alors tenté de parler à N.R. pour lui demander ce qui était arrivé et voir s’il devait prévenir la mère de ce dernier. L’agent Stienburg lui a dit: [TRADUCTION] «Tais-toi, tais-toi ou tu vas être arrêté toi aussi». R.D.S. continuant de demander à N.R. s’il devait appeler sa mère, l’agent Stienburg l’a arrêté en lui faisant une prise d’étranglement. R.D.S. a dit avoir été incapable de respirer et avoir entendu une femme dire au policier: [TRADUCTION] «Laissez cet enfant partir . . .» Il l’a également entendue demander son numéro de téléphone. Comme il ne pouvait pas parler, N.R. lui a donné le numéro. R.D.S. a indiqué que les curieux qui s’étaient rassemblés autour étaient tous des [TRADUCTION] «gamins» de moins de 12 ans. Il a nié s’être lancé sur qui que ce soit avec sa bicyclette ou avoir eu cette intention. Il a également déclaré qu’il avait gardé les mains sur le guidon, et qu’il n’avait pas poussé le policier.

En contre-interrogatoire, il a expliqué qu’il s’était approché de l’attroupement parce qu’il était [TRADUCTION] «fouineur». Il a dit se rappeler qu’à son arrivée N.R. avait les menottes. R.D.S. et N.R. ont tous deux été immobilisés par une prise d’étranglement au même moment. Il a répété ne

66

67

68

either with his bicycle or his hands. He also denied that he said anything to Constable Stienburg prior to his arrest. He indicated that all his questions were directed to N.R.

C. History of Proceedings

69 In Youth Court, Judge Sparks weighed the evidence of the two witnesses and determined that R.D.S. should be acquitted. In her oral reasons, she made comments which were challenged as raising a reasonable apprehension of bias. They are the subject of this appeal. After the reasons had been given and an appeal to the Nova Scotia Supreme Court (Trial Division) had been filed by the Crown, Judge Sparks issued supplementary reasons which outlined in greater detail her impressions of the credibility of both witnesses and the context in which her comments were made.

70 In the Trial Division, Glube C.J.S.C., sitting as summary conviction appeal judge, allowed the Crown's appeal. She held in oral reasons that a new trial was warranted on the basis that the remarks of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This decision was upheld in the Nova Scotia Court of Appeal by Flinn J.A. and Pugsley J.A., Freeman J.A. dissenting.

II. Judgments Below

A. Youth Court

71 In her oral reasons, Judge Sparks reviewed the details of Constable Stienburg's testimony, and noted that R.D.S.'s evidence was directly opposed to it. In describing R.D.S.'s testimony, she observed that she was impressed with his clear recollection of the weather conditions on that day, and his candour in pointing out that he was simply being nosey in approaching the crowd. She also noted that his description of being placed in the choke hold was vivid. R.D.S. stated clearly that

pas avoir touché le policier, que ce soit avec sa bicyclette ou avec ses mains. Il a également nié avoir dit quoi que ce soit à l'agent Stienburg avant son arrestation, affirmant que toutes ses questions s'adressaient à N.R.

C. Historique des procédures

Au tribunal pour adolescents, le juge Sparks a apprécié le témoignage des deux témoins et a conclu que R.D.S. devait être acquitté. Dans des motifs prononcés oralement, elle a formulé des commentaires qui ont été contestés parce qu'ils suscitaient une crainte raisonnable de partialité. Ils font l'objet du présent pourvoi. Après le prononcé de ses motifs et le dépôt de l'appel du ministère public devant la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance), le juge Sparks a déposé des motifs supplémentaires où elle s'est expliquée plus en détail sur ses impressions quant à la crédibilité des deux témoins et sur le contexte dans lequel elle avait formulé ses commentaires.

En section de première instance, le juge en chef Glube, siégeant en appel des décisions de la cour des poursuites sommaires, a accueilli l'appel du ministère public. Elle a conclu dans des motifs prononcés oralement que la tenue d'un nouveau procès était justifiée parce que les remarques du juge Sparks avaient suscité une crainte raisonnable de partialité. Cette décision a été confirmée en Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse par les juges Flinn et Pugsley, le juge Freeman étant dissident.

II. Jugements des instances inférieures

A. Le tribunal pour adolescents

Dans ses motifs oraux, le juge Sparks a examiné en détail le témoignage de l'agent Stienburg, soulignant que celui de R.D.S. était radicalement contraire. En décrivant le témoignage de R.D.S., elle a dit avoir été impressionnée par la précision de son souvenir des conditions météo ce jour-là et par la candeur dont il avait fait preuve en expliquant que c'était son côté fouineur qui l'avait poussé à s'approcher de la foule. Elle a également relevé sa description frappante de la prise d'étranglement.

when he was placed in the choke hold, he could not speak and had difficulty breathing. In fact, he was unable to respond when a woman asked him for his phone number so she could notify his mother.

The Youth Court Judge paid particular attention to R.D.S.'s testimony that N.R. was handcuffed when R.D.S. arrived on the scene. This aspect of R.D.S.'s testimony suggested that N.R. was not a threat to the officer. Significantly, Constable Stienburg did not mention that N.R. was handcuffed, and gave the court the distinct impression that he had difficulty restraining N.R. In Judge Sparks' view, R.D.S.'s testimony that N.R. was handcuffed had "a ring of truth" to it, which raised questions in her mind about the divergence between R.D.S.'s evidence and the evidence of Constable Stienburg on this point.

In general, Judge Sparks described R.D.S.'s demeanour as "positive", even though he was not particularly articulate. She found him to be a "rather honest young boy". In particular, she was struck by his openness in acknowledging his own "nosiness" and by his surprise at the hostility of the police officer. Judge Sparks indicated that she was not saying that she accepted everything that R.D.S. said, but noted that "certainly he has raised a doubt in my mind". She still had queries about "what actually transpired on the afternoon of October the 17th". As a result, she concluded that the Crown had not discharged its evidentiary burden to prove all the elements of the offence beyond a reasonable doubt.

She concluded her reasons with the controversial remarks that gave rise to this appeal. They are as follows:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Consta-

R.D.S. a raconté clairement que lorsqu'on lui a appliqué cette prise, il ne pouvait pas parler et avait de la difficulté à respirer. De fait, il a été incapable de répondre lorsqu'une femme lui a demandé son numéro de téléphone afin de prévenir sa mère.

Le juge du tribunal pour adolescents a attaché une importance particulière à la déclaration de R.D.S. selon laquelle N.R. avait les menottes aux poignets lorsqu'il est arrivé sur les lieux. Cet aspect du témoignage de R.D.S. donnait à penser que N.R. ne constituait pas une menace pour le policier. Fait à noter, l'agent Stienburg n'a pas indiqué que N.R. était menotté, donnant à la cour la nette impression qu'il avait de la difficulté à maîtriser N.R. De l'avis du juge Sparks, le témoignage de R.D.S. sur les menottes que portait N.R. avait [TRADUCTION] «l'accent de la vérité», ce qui a soulevé des questions dans son esprit sur les divergences entre le témoignage de R.D.S. et celui de l'agent Stienburg sur ce point.

De façon générale, le juge Sparks a qualifié le comportement de R.D.S. de [TRADUCTION] «positif», même s'il ne s'exprimait pas très clairement. Elle a estimé que c'était un [TRADUCTION] «garçon plutôt honnête». Elle a été frappée, en particulier, par la spontanéité avec laquelle il a reconnu être «fouineur» et par son étonnement devant l'hostilité du policier. Faisant remarquer qu'elle ne voulait pas dire qu'elle acceptait tout ce que R.D.S. avait dit, le juge Sparks a ajouté qu'il avait [TRADUCTION] «certainement soulevé un doute dans [s]on esprit». Elle a dit qu'elle continuait de s'interroger sur [TRADUCTION] «ce qui s'était réellement passé dans l'après-midi du 17 octobre». Aussi a-t-elle conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable.

Le juge Sparks a terminé ses motifs sur les remarques controversées qui ont donné lieu au présent pourvoi. Les voici:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne

72

73

74

ble has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

At any rate, based upon my comments and based upon all the evidence before the court I have no other choice but to acquit.

In conclusion, she agreed with the defence counsel that the accused had been overcharged, and that the first two counts duplicated each other. However, nothing turned on this since she dismissed all three charges.

B. *Nova Scotia Supreme Court (Trial Division)*, [1995] N.S.J. No. 184 (QL)

75

On appeal, Glube C.J.S.C. expressed the view that she could not consider the supplementary reasons provided by the Youth Court Judge. The decision was, in her view, made in the oral reasons at the original trial, and the supplementary reasons did not form the basis for the Crown's appeal. If Judge Sparks had intended to issue additional reasons, she should have indicated this to counsel either at the trial or shortly thereafter. Both parties agreed that Judge Sparks was *functus officio* when she issued her supplementary reasons, and that they could not be considered. Glube C.J.S.C. indicated that her own review of the case law supported this conclusion.

76

Glube C.J.S.C. then considered the allegations of actual and apprehended bias made by the Crown on the basis of Judge Sparks' final remarks in her oral reasons. She rejected the defence's argument that there is no appeal on questions of fact and summarized the general principles pertaining to appellate review of those findings. She observed,

dis pas que l'agent a trompé la Cour, bien qu'on sache que des policiers l'aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

Quoi qu'il en soit, vu mes remarques et l'ensemble de la preuve soumise à la cour, je n'ai d'autre choix que de prononcer l'acquittement.

En conclusion, elle a convenu avec l'avocat de la défense que l'accusé avait fait l'objet d'accusations excessives, et que les deux premiers chefs se chevauchaient. Toutefois, cela n'a eu aucune incidence puisqu'elle a rejeté les trois accusations.

B. *La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Section de première instance)*, [1995] N.S.J. No. 184 (QL)

En appel, le juge en chef Glube était d'avis qu'elle ne pouvait prendre en considération les motifs supplémentaires du juge du tribunal pour adolescents. Selon elle, la décision avait été rendue dans les motifs oraux prononcés au procès lui-même, et les motifs supplémentaires ne constituaient pas le fondement de l'appel du ministère public. Si le juge Sparks avait projeté de déposer des motifs supplémentaires, elle aurait dû en informer les avocats au procès ou peu après. Les deux parties ont convenu que le juge Sparks était *functus officio* lorsqu'elle a déposé ses motifs supplémentaires, et que ceux-ci ne pouvaient être pris en considération. Le juge en chef Glube a indiqué que son propre examen de la jurisprudence étayait cette conclusion.

Le juge en chef Glube a ensuite examiné les allégations de partialité, réelle et apparente, faites par le ministère public sur la base des remarques qu'a formulées le juge Sparks à la fin de ses motifs oraux. Elle a rejeté l'argument de la défense voulant qu'il n'y ait pas d'appel sur des questions de fait, et elle a résumé les principes généraux régis-

at para. 17, that a Crown's appeal from an acquittal will only succeed "where the verdict is unreasonable or not supported by the evidence".

She expressed the view that if a reasonable apprehension of bias arises, the verdict would not be supported by the evidence. Relying on *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (Alta. C.A.), she indicated that the entitlement to an impartial decision-maker applies to the Crown as well as the accused. The principles of fundamental justice "includ[e] natural justice and a duty to act fairly" (para. 21). These principles impose a duty on the decision-maker to be and to appear to be impartial. If these principles apply to administrative tribunals, they must apply even more to courts.

Glube C.J.S.C. found nothing in the transcript of the hearing itself that would give rise to an impression that Judge Sparks was biased. Furthermore, if the reasons of Judge Sparks had ended with her conclusion that the Crown had not satisfied its burden of proof, there would be no basis for the appeal. Judge Sparks had made clear findings of credibility that favoured the accused. Unfortunately, however, she went on and made the impugned comments. Glube C.J.S.C. was of the view that there was no basis in the evidence for Judge Sparks' statements. In particular, there was no evidence of the "prevalent attitude of the day" (para. 24). She stated at para. 25 that "judges must be extremely careful to avoid expressing views which do not form part of the evidence".

She found that the test for reasonable apprehension of bias is an objective one, based on what the reasonable, right-minded person with knowledge of the facts would conclude. In her view, the reasonable person would conclude that there was a reasonable apprehension of bias on the part of Judge Sparks, in spite of her thorough review of the facts and her findings of credibility. As a result, a new trial was warranted.

sant l'examen en appel de ces conclusions de fait. Elle a souligné, au par. 17, que l'appel du ministère public contre un acquittement ne pourra être accueilli que [TRADUCTION] «si le verdict est déraisonnable ou non fondé sur la preuve».

Elle s'est dite d'avis que s'il y avait crainte raisonnable de partialité, le verdict ne serait pas fondé sur la preuve. Invoquant l'arrêt *R. c. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (C.A. Alb.), elle a indiqué que le droit à un décideur impartial s'appliquait autant au ministère public qu'à l'accusé. Les principes de justice fondamentale [TRADUCTION] «inclu[en]t la justice naturelle et le devoir d'agir équitablement» (par. 21). Ces principes imposent au décideur l'obligation d'être et de paraître impartial. Si ces principes s'appliquent aux tribunaux administratifs, ils s'appliquent a fortiori aux tribunaux judiciaires.

Selon le juge en chef Glube, rien dans la transcription de l'audience elle-même ne donne à penser que le juge Sparks était partiale. De plus, si celle-ci s'était bornée à conclure que le ministère public ne s'était pas acquitté du fardeau de preuve qui lui incombait, il n'y aurait pas eu de motif d'appel. Le juge Sparks avait, sur la question de la crédibilité, tiré des conclusions nettement favorables à l'accusé. Malheureusement, toutefois, elle a poursuivi en formulant les remarques contestées. Le juge en chef Glube s'est dite d'avis que rien dans la preuve ne permettait d'étayer les déclarations du juge Sparks. En particulier, il n'y avait aucune preuve quant à «l'attitude courante du jour» (par. 24). Le juge en chef Glube a dit, au par. 25, que [TRADUCTION] «les juges doivent éviter soigneusement d'exprimer des opinions qui ne font pas partie de la preuve».

Le juge en chef Glube a estimé que le critère de la crainte raisonnable de partialité était un critère objectif, fondé sur ce qu'une personne raisonnable et sensée, au courant des faits, conclurait. À son avis, la personne raisonnable conclurait qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité de la part du juge Sparks, en dépit de son examen détaillé des faits et de ses conclusions touchant la crédibilité des témoins. En conséquence, la tenue d'un nouveau procès était justifiée.

77

78

79

C. *Court of Appeal* (1995), 145 N.S.R. (2d) 284

(i) Flinn J.A. (Pugsley J.A. concurring)

80 Flinn J.A. noted that the Crown can only appeal a summary conviction acquittal on a question of law with leave of the court. If the summary conviction appeal court judge made no error of law, then there is no appeal from her decision. He then rejected the accused's argument that Glube C.J.S.C. had improperly reexamined and redetermined issues of credibility. Since her decision was based on reasonable apprehension of bias, she did not err in law in declining to defer to the trial judge's findings.

81 Flinn J.A. reviewed the test for reasonable apprehension of bias. He concluded that bias reflects the inability of the judge to act impartially. The test is objective and the standard of reasonableness applies to the person who perceives the bias, as well as the apprehension of bias itself. The test requires a consideration of what the reasonable, right-minded person, with knowledge of all the facts, would think with regard to the apprehension of bias. The apprehension must be reasonable, and suspicion or conjecture is not enough. Finally, it is not necessary to show that actual bias influenced the result.

82 In Flinn J.A.'s opinion, Glube C.J.S.C. made no error in applying the test to the decision of the Youth Court Judge. She was correct to point out that there was no evidence to justify Judge Sparks' comments. Whether or not the comments reflected "an unfortunate social reality", the issue was whether Judge Sparks considered factors not in evidence when she made her critical findings of credibility and decided to acquit the accused. Judge Sparks used her general comments to conclude that Constable Stienburg overreacted. There was no evidence regarding "the prevalent attitude of the day" or the reasons why the officer overreacted. Concerns regarding overreaction were not canvassed in cross-examination of the officer, and

C. *La Cour d'appel* (1995), 145 N.S.R. (2d) 284

(i) Le juge Flinn (avec l'appui du juge Pugsley)

Le juge Flinn a fait remarquer qu'en matière de procédure sommaire, le ministère public ne pouvait interjeter appel d'un acquittement que sur une question de droit avec l'autorisation de la cour. Si le juge siégeant en appel des décisions de la cour des poursuites sommaires n'a commis aucune erreur de droit, sa décision ne peut être portée en appel. Le juge Flinn a ensuite rejeté l'argument de l'accusé voulant que le juge en chef Glube ait à tort réexaminé et réévalué les questions de crédibilité. Sa décision étant fondée sur l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, elle n'a pas commis d'erreur de droit en refusant de s'en remettre aux conclusions du juge du procès.

Le juge Flinn a analysé le critère de la crainte raisonnable de partialité, concluant que cette notion recouvrait l'incapacité du juge d'agir de façon impartiale. Il s'agit d'un critère objectif, et la norme du caractère raisonnable s'applique tant à la personne qui perçoit la partialité qu'à la crainte de partialité elle-même. Le critère nécessite l'examen de ce qu'une personne raisonnable et sensée, au courant de tous les faits, penserait de la crainte de partialité. La crainte doit être raisonnable, et le soupçon ou la conjecture ne sont pas suffisants. Enfin, il n'est pas nécessaire de démontrer que le résultat est le fruit de la partialité dans les faits.

De l'avis du juge Flinn, le juge en chef Glube n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère à la décision du juge du tribunal pour adolescents. Elle a souligné à juste titre qu'aucune preuve ne justifiait les remarques du juge Sparks. Indépendamment de la possibilité que les remarques traduisent [TRADUCTION] «une réalité sociale regrettable», la question était de savoir si le juge Sparks a pris en considération des facteurs ne faisant pas partie de la preuve lorsqu'elle a tiré ses conclusions cruciales sur la crédibilité des témoins et décidé d'acquitter l'accusé. Le juge Sparks s'est fondée sur ses commentaires généraux pour conclure que l'agent Stienburg avait eu une réaction excessive. Or, il n'y avait rien dans la preuve con-

the officer had no opportunity to address these concerns in his testimony.

As a result, Flinn J.A. was of the view that “[t]he unfortunate use of these generalizations, by the Youth Court judge” would lead a reasonable, fully informed person to conclude that Judge Sparks had based her findings of credibility at least partially on the basis of matters not in evidence. This was unfair. The appeal was therefore dismissed.

Finally, Flinn J.A. rejected the argument that Glube C.J.S.C. had inappropriately adopted a formal equality approach to the question of reasonable apprehension of bias. He agreed with the Crown that the appellant’s *Charter* argument on this point was not properly raised by the appeal, and in any event, that Glube C.J.S.C.’s approach was not inappropriate.

(ii) Freeman J.A. (dissenting)

Freeman J.A. agreed with the articulation of the law set out by the majority. However, he was of the view at p. 292 that “it was perfectly proper for the trial judge, in weighing the evidence before her, to consider the racial perspective”. He was not satisfied that this gave rise to a perception that she was biased.

He indicated that although it was not clear what Judge Sparks meant by her reference to the “prevalent attitude of the day”, it was possible that she was referring to the attitudes exhibited on the day of R.D.S.’s arrest. There was evidence before her on that point. At any rate, he was prepared to give Judge Sparks the benefit of the doubt on this remark, and to regard it as a neutral factor in the

cernant «l’attitude courante du jour» ou les raisons de la réaction excessive du policier. La possibilité d’une réaction excessive n’a pas été abordée dans le contre-interrogatoire du policier et ce dernier n’a pas eu l’occasion de s’expliquer à ce sujet en témoignage.

En conséquence, le juge Flinn s’est dit d’avis que [TRADUCTION] «[l]’usage malheureux que le juge du tribunal pour adolescents a fait de ces généralisations» conduirait une personne raisonnable, pleinement renseignée, à conclure que, au moins en partie, le juge Sparks a tiré ses conclusions relatives à la crédibilité des témoins sur la foi d’éléments qui n’étaient pas en preuve. Cela était inéquitable. L’appel a donc été rejeté.

Enfin, le juge Flinn a rejeté l’argument voulant que le juge en chef Glube ait à tort adopté une perspective d’égalité formelle eu égard à la question de la crainte raisonnable de partialité. Il a convenu avec le ministère public que l’argument fondé sur la *Charte canadienne des droits et libertés* qu’a invoqué l’appelant sur ce point n’était pas proprement soulevé en appel et que, en tout état de cause, la méthode adoptée par le juge Glube n’était pas inappropriée.

(ii) Le juge Freeman (dissident)

Le juge Freeman a souscrit à l’analyse du droit exposée par les juges majoritaires. Il a toutefois exprimé l’avis, à la p. 292, que [TRADUCTION] «le juge du procès était parfaitement fondée, dans l’appréciation des témoignages qui lui ont été présentés, à prendre en considération l’aspect racial». Il n’a pas acquis la conviction que cela ait fait naître une crainte de partialité de sa part.

Le juge Freeman a indiqué que bien qu’on ne sache pas exactement ce que le juge Sparks voulait dire quand elle a parlé de «l’attitude courante du jour», il était possible qu’elle ait fait ainsi allusion aux attitudes manifestées le jour de l’arrestation de R.D.S. Des éléments de preuve lui avaient été soumis sur ce point. Quoi qu’il en soit, le juge Freeman s’est dit disposé à donner au juge Sparks le bénéfice du doute sur cette remarque, et à tenir celle-ci pour un facteur neutre dans la décision.

83

84

85

86

decision. The only remaining remarks related to the possible racism of the police.

87

Freeman J.A. was struck by the delicate racial dynamics of the courtroom. In his view, at p. 294, "Judge Sparks was under a duty to be sensitive to the nuances and implications, and to rely on her own common sense which is necessarily informed by her own experience and understanding". He noted the unfortunate truth that most individuals generally know that police officers have on occasion misled the court or overreacted when dealing with non-white groups. Judge Sparks did not state that the officer did either of these things. Such a finding would have required evidence.

88

Judge Sparks did state that the officer overreacted, but she related it to her finding that she believed R.D.S.'s statement that the officer told him to shut up or he would be under arrest. This was not a biased conclusion, since it indicated her concern that the charges might have arisen more as a result of R.D.S.'s verbal interference, than of any physical act. There was certainly some evidence on which Judge Sparks could conclude that the officer overreacted, and this determination was within her purview. If the finding of overreaction did not give rise to a reasonable apprehension of bias, Freeman J.A. was not satisfied that any other comments made by Judge Sparks would do so. He would have allowed the appeal.

III. Issues

89

Only one issue arises on this appeal:

Did the comments made by Judge Sparks in her reasons give rise to a reasonable apprehension of bias?

IV. Analysis

A. *Can this Court Consider Judge Sparks' Supplementary Reasons?*

Seules restaient les remarques se rapportant à la possibilité de racisme de la part de la police.

Le juge Freeman a été frappé par la délicate dynamique raciale qui régnait dans la salle d'audience. À son avis, [TRADUCTION] «[l]e juge Sparks se devait d'être sensible aux nuances et aux sous-entendus, et de s'en remettre à son propre sens commun, lequel est nécessairement teinté par son expérience et sa vision du monde» (p. 294). Il a pris acte de la triste réalité, savoir qu'il est de commune renommée que les policiers trompent à l'occasion la cour ou réagissent parfois de façon excessive lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Le juge Sparks n'a pas dit que le policier avait fait l'un ou l'autre. Une telle conclusion aurait exigé d'être étayée par la preuve.

Certes, le juge Sparks a dit que le policier avait réagi de façon excessive, mais elle a relié cette conclusion à la déclaration de R.D.S., à laquelle elle ajoutait foi, voulant que le policier lui ait dit de se taire, sinon il serait arrêté. Cette conclusion n'était pas partielle, car elle traduisait sa préoccupation que les accusations aient pu résulter davantage de l'intervention verbale de R.D.S. que d'un acte physique. La conclusion du juge Sparks que le policier avait réagi de manière excessive pouvait manifestement s'appuyer sur certains éléments de preuve, et cette conclusion était de son ressort. Si la conclusion relative à la réaction excessive ne suscitait pas une crainte raisonnable de partialité, aucune autre remarque du juge Sparks ne pouvait, selon le juge Freeman, susciter pareille crainte. Il aurait accueilli l'appel.

III. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève une seule question:

Les commentaires faits par le juge Sparks dans ses motifs suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité?

IV. Analyse

A. *Notre Cour peut-elle prendre en considération les motifs supplémentaires du juge Sparks?*

Glube C.J.S.C. correctly concluded that the supplementary reasons issued by Judge Sparks after the appeal had been filed could not be taken into account in assessing whether or not the reasons of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. The parties did not dispute this determination in the Court of Appeal. In this Court, the appellant did not raise this issue in argument and proceeded on the basis that the supplementary reasons were not before the Court. The respondent Crown submitted in oral argument that the supplementary reasons should be considered as part of the overall picture in determining whether a reasonable apprehension of bias arose from Judge Sparks' conduct. The Crown appeared to be suggesting that the very fact of their issuance, as well as their substance, was an important factor in the impression of bias that was created. At this late stage it would be most unfair to accept that submission. Accordingly, the supplementary reasons should not be considered.

B. Ascertaining the Existence of a Reasonable Apprehension of Bias

(i) Fair Trial and The Right to an Unbiased Adjudicator

A system of justice, if it is to have the respect and confidence of its society, must ensure that trials are fair and that they appear to be fair to the informed and reasonable observer. This is a fundamental goal of the justice system in any free and democratic society.

It is a well-established principle that all adjudicative tribunals and administrative bodies owe a duty of fairness to the parties who must appear before them. See for example *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, at p. 636. In order to fulfil this duty the decision-maker must be and appear to be unbiased. The scope of this duty and the rigour with which it is applied will vary with the nature of the tribunal in question.

Le juge en chef Glube a conclu à juste titre que les motifs supplémentaires déposés par le juge Sparks après le dépôt de l'appel ne pouvaient être pris en considération pour déterminer si ses motifs ont suscité une crainte raisonnable de partialité. Les parties n'ont pas contesté cette décision de la Cour d'appel. Devant notre Cour, l'appelant n'a pas soulevé cette question dans sa plaidoirie, tenant pour acquis que les motifs supplémentaires n'étaient pas devant la Cour. Le ministère public intimé a fait valoir oralement que les motifs supplémentaires devaient être pris en considération en tant qu'élément du portrait général pour apprécier si la conduite du juge Sparks a suscité une crainte raisonnable de partialité. Le ministère public a paru sous-entendre que le fait même de leur existence, autant que leur contenu, était un facteur important dans l'impression de partialité qui a été créée. À ce stade avancé, il serait hautement inéquitable d'accepter pareil argument. En conséquence, il ne convient pas de prendre en considération les motifs supplémentaires.

B. Appréciation de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité

(i) Procès équitable et droit à un arbitre impartial

Pour mériter le respect et la confiance de la société, le système de justice doit faire en sorte que les procès soient équitables et qu'ils paraissent équitables aux yeux de l'observateur renseigné et raisonnable. Tel est le but fondamental assigné au système de justice dans une société libre et démocratique.

C'est un principe bien établi que tous les tribunaux juridictionnels et les corps administratifs sont tenus d'agir équitablement envers les parties qui ont à comparaître devant eux. Voir à titre d'exemple *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, à la p. 636. Afin de remplir cette obligation, le décideur doit être impartial et paraître impartial. La portée de cette obligation et la rigueur avec laquelle elle s'applique varieront suivant la nature du tribunal en question.

93 For very good reason it has long been determined that the courts should be held to the highest standards of impartiality. *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 638; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 660-61. This principle was recently confirmed and emphasized by the majority in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537, at para. 7, where it was said “[t]he right to a trial before an impartial judge is of fundamental importance to our system of justice”. The right to trial by an impartial tribunal has been expressly enshrined by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

94 Trial judges in Canada exercise wide powers. They enjoy judicial independence, security of tenure and financial security. Most importantly, they enjoy the respect of the vast majority of Canadians. That respect has been earned by their ability to conduct trials fairly and impartially. These qualities are of fundamental importance to our society and to members of the judiciary. Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. If the words or actions of the presiding judge give rise to a reasonable apprehension of bias to the informed and reasonable observer, this will render the trial unfair.

95 Canada is not an insular, homogeneous society. It is enriched by the presence and contributions of citizens of many different races, nationalities and ethnic origins. The multicultural nature of Canadian society has been recognized in s. 27 of the *Charter*. Section 27 provides that the *Charter* itself is to be interpreted in a manner that is consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. Yet our judges must be particularly sensitive to the need not only to be fair but also to appear to all reasonable observers to be fair to all Canadians of every race, religion, nationality and ethnic origin. This is a far more difficult task in Canada than it would be in a homogeneous society. Remarks which would pass

Pour une excellente raison, on a décidé depuis longtemps que les cours de justice devaient respecter les plus hautes normes d'impartialité. Arrêts *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 638; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, aux pp. 660 et 661. Ce principe a été récemment confirmé et mis en relief dans l'arrêt *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, au par. 7, où les juges majoritaires ont dit que «[l]e droit à un procès devant un juge impartial est d'une importance fondamentale pour notre système de justice». Le droit à un procès devant un tribunal impartial a été élevé au rang de droit constitutionnel par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*.

Les juges qui instruisent les procès au Canada exercent de larges pouvoirs. Ils jouissent de l'indépendance, de l'inamovibilité ainsi que de la sécurité financière. Mais avant tout, ils jouissent du respect de la vaste majorité des Canadiens. Ce respect, ils le doivent à leur capacité de veiller à la conduite des procès en toute équité et impartialité. Ces qualités revêtent une importance fondamentale pour la société et les membres de la magistrature. L'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. Si les paroles ou les actes du juge qui préside suscitent, chez l'observateur renseigné et raisonnable, une crainte raisonnable de partialité, cela rend le procès inéquitable.

Le Canada n'est pas une société fermée, homogène. Il s'enrichit de la présence et de la contribution de citoyens appartenant à de nombreuses races, nationalités et origines ethniques. Le caractère multiculturel de la société canadienne est reconnu à l'art. 27 de la *Charte*, qui porte que l'interprétation de la *Charte* elle-même doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Encore nos juges doivent-ils être particulièrement sensibles à la nécessité non seulement d'être équitables, mais de paraître, aux yeux de tous les observateurs raisonnables, équitables envers les Canadiens de toute race, religion, nationalité et origine ethnique. Cette tâche est beaucoup

unnoticed in other societies could well raise a reasonable apprehension of bias in Canada.

Usually, in a criminal trial, actual or perceived judicial bias is alleged by the accused. However, nothing precludes the Crown from making a similar allegation. Indeed it has a duty to make such a submission in appropriate circumstances. Even in the absence of explicit constitutional protection, it is an important principle of our legal system that a trial must be fair to all parties — to the Crown as well as to the accused. See, for example, *R. v. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (Gen. Div.). In *Curragh*, *supra*, this Court recently upheld an allegation of perceived bias arising from the conduct of a trial judge towards a Crown attorney. In a slightly different context, it has been held that if a judge forms or appears to form a biased opinion against a Crown witness, for example, a sexual assault complainant, the trial may be unfair to the Crown: *Wald*, *supra*, at p. 336.

The question which must be answered in this appeal is whether the comments made by Judge Sparks in her reasons give rise to a reasonable apprehension that she was not impartial as between the Crown and the accused. The Crown's position, in essence, is that Judge Sparks did not give the essential and requisite appearance of impartiality because her comments indicated that she prejudged an issue in the case, or to put it another way, she reached her determination on the basis of factors which were not in evidence.

(ii) Standard of Review

Before dealing with the issue of apprehended bias, it is necessary to address an argument raised by the appellant and the interveners African-Canadian Legal Clinic et al. They stressed that this appeal turns entirely on findings of credibility. There were only two witnesses, and their evidence

plus difficile au Canada qu'elle ne le serait dans une société homogène. Des remarques qui passeraient inaperçues dans d'autres sociétés pourraient fort bien susciter une crainte raisonnable de partialité au Canada.

Habituellement, c'est l'accusé qui, dans un procès criminel, allègue la partialité, réelle ou apparente, du tribunal. Toutefois, rien n'empêche le ministère public de faire une allégation similaire. Il y est même tenu lorsque les circonstances l'exigent. Même s'il ne fait pas l'objet d'une protection constitutionnelle explicite, c'est un important principe de notre système juridique que le procès doit être équitable pour toutes les parties — pour le ministère public comme pour l'accusé. Voir à titre d'exemple *R. c. Gushman*, [1994] O.J. No. 813 (Div. gén.). Dans l'arrêt *Curragh*, précité, notre Cour a récemment maintenu une allégation de crainte de partialité suscitée par la conduite du juge du procès envers un substitut du procureur général. Dans un contexte légèrement différent, on a conclu que si le juge forme ou paraît former une opinion partielle contre un témoin du ministère public, par exemple la victime d'une agression sexuelle, il y a possibilité que le procès soit inéquitable envers le ministère public: arrêt *Wald*, précité, à la p. 336.

Dans le présent pourvoi, il faut répondre à la question de savoir si, en raison des commentaires qu'elle a faits dans ses motifs, on peut raisonnablement craindre qu'entre le ministère public et l'accusé, le juge Sparks n'était pas impartiale. Avant tout, le ministère public soutient que le juge Sparks n'a pas donné l'essentielle et nécessaire impression d'impartialité parce qu'il ressort de ses commentaires qu'elle avait une opinion préconçue sur un aspect de l'affaire ou, en d'autres termes, qu'elle est arrivée à une décision en se fondant sur des éléments qui n'étaient pas en preuve.

(ii) Norme de révision

Avant d'aborder la question de la crainte de partialité, il est nécessaire d'examiner un argument soulevé par l'appelant et les intervenants, l'African-Canadian Legal Clinic et autres. Ceux-ci ont fait valoir que l'issue du présent pourvoi est entièrement fonction des conclusions relatives à la cré-

96

97

98

was contradictory. Judge Sparks' role was therefore simply to determine the issue of credibility. The appellant and the interveners argued that it is a well-established principle of law that appellate courts should defer to such findings, and that Glube C.J.S.C. improperly reviewed Judge Sparks' findings of credibility. In my view, these submissions are not entirely correct.

99 If actual or apprehended bias arises from a judge's words or conduct, then the judge has exceeded his or her jurisdiction. See *Curragh, supra*, at para. 5; *Gushman, supra*, at para. 28. This excess of jurisdiction can be remedied by an application to the presiding judge for disqualification if the proceedings are still underway, or by appellate review of the judge's decision. In the context of appellate review, it has recently been held that a "properly drawn conclusion that there is a reasonable apprehension of bias will ordinarily lead inexorably to the decision that a new trial must be held": *Curragh, supra*, at para. 5.

100 If a reasonable apprehension of bias arises, it colours the entire trial proceedings and it cannot be cured by the correctness of the subsequent decision. See *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 645; see also *Curragh, supra*, at para. 6. Thus, the mere fact that the judge appears to make proper findings of credibility on certain issues or comes to the correct result cannot alleviate the effects of a reasonable apprehension of bias arising from other words or conduct of the judge. In the context of an application to disqualify a judge from sitting in a particular lawsuit, it has been held that where there is a reasonable apprehension of bias, "it is impossible to render a final decision resting on findings as to credibility made under such circumstances": *Blanchette v. C.I.S. Ltd.*, [1973] S.C.R. 833, at p. 843. However, if the words or conduct of the judge, viewed in context, do not give rise to a reasonable apprehension of bias, the findings of the judge will not be tainted, no matter how troubling the impugned words or actions may be.

dibilité des témoins. Il n'y a eu que deux témoins et leurs témoignages sont contradictoires. Le juge Sparks devait donc simplement trancher la question de leur crédibilité. L'appelant et les intervenants ont soutenu que, suivant un principe de droit reconnu, les cours d'appel doivent faire montre de retenue à l'égard de telles conclusions, et que c'est à tort que le juge en chef Glube a révisé les conclusions du juge Sparks à ce sujet. À mon avis, ces observations ne sont pas tout à fait justes.

Si les paroles ou la conduite du juge suscitent une crainte de partialité ou dénotent réellement sa partialité, il excède sa compétence. Voir les décisions *Curragh*, précitée, au par. 5; *Gushman*, précitée, au par. 28. On peut remédier à cet excès de compétence en présentant une requête en récusation adressée au juge président l'instance si celle-ci se poursuit, ou en demandant l'examen en appel de la décision du juge. Dans le cadre de l'examen en appel, on a jugé récemment que la «conclusion correctement tirée qu'il existe une crainte raisonnable de partialité mène habituellement, de façon inexorable, à la décision qu'il doit y avoir un nouveau procès»: arrêt *Curragh*, précité, au par. 5.

S'il y a crainte raisonnable de partialité, c'est l'ensemble des procédures du procès qui sont viciées et la décision subséquente aussi bien fondée soit-elle ne peut y remédier. Voir l'arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 645; voir aussi l'arrêt *Curragh*, précité, au par. 6. Ainsi, le simple fait que le juge paraît, sur certains points, avoir tiré des conclusions justes quant à la crédibilité ou qu'il arrive à un résultat correct ne peut dissiper les effets de la crainte raisonnable de partialité que d'autres paroles ou actes du juge ont pu susciter. Dans le contexte d'une requête en récusation du juge siégeant dans une poursuite donnée, on a statué que lorsqu'il y a crainte raisonnable de partialité, «on ne peut rendre une décision finale à partir de conclusions sur la crédibilité formulées dans de pareilles conditions»: *Blanchette c. C.I.S. Ltd.*, [1973] R.C.S. 833, à la p. 843. Toutefois, si les paroles ou la conduite du juge, eu égard au contexte, ne suscitent pas de crainte raisonnable de partialité, ses conclusions n'en seront pas entachées, quelque inquiétantes qu'elles puissent être.

Therefore, while the appellant is correct that appellate courts have wisely adopted a deferential standard of review in examining factual determinations made by lower courts, including findings of credibility, it is somewhat misleading to characterize the issue in this appeal as one of credibility alone. If Judge Sparks' findings of credibility were tainted by bias, real or apprehended, they would be made without jurisdiction, and would not warrant appellate deference. On the other hand, if her findings were not tainted by bias, then the case turned entirely on her findings of credibility and an appellate court should not interfere with those findings, unless they were clearly unreasonable or not supported by the evidence. See for example, *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 131-32.

Thus the sole issue is whether Judge Sparks' reasons demonstrated actual or perceivable bias. If they did, then Glube C.J.S.C. not only had the jurisdiction to overturn them but also an obligation to order a new trial. A judicial determination at first instance that real or apprehended bias exists may itself be worthy of some deference by appellate courts: *Huerto v. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100 (Sask. C.A.), at p. 105. However, an allegation of judicial bias raises such serious and sensitive issues that the basic interests of justice require appellate courts to retain some scope to review that determination.

(iii) What is Bias?

It may be helpful to begin by articulating what is meant by impartiality. In deciding whether bias arises in a particular case, it is relatively rare for courts to explore the definition of bias. In this appeal, however, this task is essential, if the Crown's allegation against Judge Sparks is to be properly understood and addressed. See Prof. Richard F. Devlin, "We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racial-

Par conséquent, si l'appelant a raison de dire que les cours d'appel ont, avec sagesse, adopté une norme d'examen fondée sur la retenue en ce qui concerne l'analyse des conclusions factuelles des tribunaux d'instance inférieure, dont les conclusions relatives à la crédibilité des témoins, il est quelque peu trompeur de définir la question en litige dans le présent pourvoi comme se ramenant à une question de crédibilité. Si les conclusions du juge Sparks sur la crédibilité étaient entachées de partialité ou de crainte de partialité, elles avaient été tirées sans compétence, et elles ne justifiaient pas le respect de la cour d'appel. Par contre, si ses conclusions n'étaient pas entachées de partialité, alors l'affaire portait entièrement sur lesdites conclusions et la cour d'appel ne devait pas les modifier, sauf si elles étaient manifestement déraisonnables ou ne s'appuyaient pas sur la preuve. Voir à titre d'exemple *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 131 et 132.

Ainsi, la seule question est de savoir si les motifs du juge Sparks dénotaient une partialité réelle ou apparente. Dans l'affirmative, non seulement le juge en chef Glube avait-elle compétence pour les écarter, mais elle avait l'obligation d'ordonner un nouveau procès. La détermination en première instance qu'il y a partialité ou crainte de partialité peut, en soi, justifier une certaine retenue de la part des cours d'appel: *Huerto c. College of Physicians and Surgeons* (1996), 133 D.L.R. (4th) 100 (C.A. Sask.), à la p. 105. Toutefois, une allégation de partialité judiciaire soulève des questions si graves et délicates que les intérêts fondamentaux de la justice exigent que les cours d'appel conservent un certain regard sur cette détermination.

(iii) Qu'est-ce que la partialité?

Il est peut-être utile de commencer par définir ce qu'on entend par impartialité. Lorsqu'ils décident s'il y a partialité dans une affaire donnée, les tribunaux ont assez rarement l'occasion d'explorer la définition de la partialité. Dans le présent pourvoi toutefois, cette tâche est essentielle pour bien saisir le sens de l'allégation que formule le ministère public à l'endroit du juge Sparks. Voir le professeur Richard F. Devlin, «We Can't Go On Toge-

101

102

103

ized Perspective in R. v. R.D.S.” (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, at pp. 438-39.

104 In *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 685, Le Dain J. held that the concept of impartiality describes “a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case”. He added that “[t]he word ‘impartial’ . . . connotes absence of bias, actual or perceived”. See also *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 283. In a more positive sense, impartiality can be described — perhaps somewhat inexactly — as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions.

105 In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues. A helpful explanation of this concept was provided by Scalia J. in *Liteky v. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), at p. 1155:

The words [bias or prejudice] connote a favorable or unfavorable disposition or opinion that is somehow *wrongful or inappropriate*, either because it is undeserved, or because it rests upon knowledge that the subject ought not to possess (for example, a criminal juror who has been biased or prejudiced by receipt of inadmissible evidence concerning the defendant’s prior criminal activities), or because it is excessive in degree (for example, a criminal juror who is so inflamed by properly admitted evidence of a defendant’s prior criminal activities that he will vote guilty regardless of the facts). [Emphasis in original.]

Scalia J. was careful to stress that not every favourable or unfavourable disposition attracts the label of bias or prejudice. For example, it cannot be said that those who condemn Hitler are biased or prejudiced. This unfavourable disposition is objectively justifiable — in other words, it is not “wrongful or inappropriate”: *Liteky, supra*, at p. 1155.

ther with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S.» (1995), 18 *Dalhousie L.J.* 408, aux pp. 438 et 439.

Dans l’arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la p. 685, le juge Le Dain a conclu que la notion d’impartialité désigne «un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée». Il a ajouté: «[L]e terme «impartial» [. . .] connote une absence de préjugé, réel ou apparent». Voir également *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, à la p. 283. Dans un sens plus positif, l’impartialité peut être décrite — peut-être de façon quelque peu inexacte — comme l’état d’esprit de l’arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d’être persuadé par la preuve et les arguments soumis.

Par contraste, la partialité dénote un état d’esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions. Le juge Scalia a fourni une explication intéressante de cette notion dans *Liteky c. U.S.*, 114 S.Ct. 1147 (1994), à la p. 1155:

[TRADUCTION] Les termes [partialité ou préjugé] connotent une disposition ou une opinion favorable ou défavorable qui, pour une raison ou une autre, est *erronée ou inappropriée*, soit parce qu’elle est injustifiée ou qu’elle repose sur des connaissances que le sujet ne devrait pas posséder (par exemple, dans un procès criminel, le juré qui devient partial ou est de parti pris après avoir reçu des éléments de preuve inadmissibles concernant les activités criminelles antérieures du défendeur), ou parce qu’elle est excessive (par exemple, le juré dans un procès criminel qui est si offusqué par la preuve des activités criminelles antérieures du défendeur, légalement admise, qu’il votera la culpabilité quels que soient les faits). [En italique dans l’original.]

Le juge Scalia a pris soin de souligner que ce ne sont pas toutes les dispositions favorables ou défavorables qui justifieront qu’on parle de partialité ou de préjugé. Ainsi, on ne saurait prétendre que ceux qui condamnent Hitler sont partiaux ou ont un parti pris. Cette disposition défavorable est objectivement justifiable — en d’autres termes, elle n’est pas «erronée ou inappropriée»: *Liteky*, précité, à la p. 1155.

A similar statement of these principles is found in *R. v. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), in which Watt J. noted at pp. 51-52:

In common usage bias describes a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way which does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.

See also *R. v. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Gen. Div.), at para. 64; *Gushman*, *supra*, at para. 29.

Doherty J.A. in *R. v. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), leave to appeal denied, [1994] 1 S.C.R. x, held that partiality and bias are in fact not the same thing. In addressing the question of potential partiality or bias of jurors, he noted at p. 336 that:

Partiality has both an attitudinal and behavioural component. It refers to one who has certain preconceived biases, and who will allow those biases to affect his or her verdict despite the trial safeguards designed to prevent reliance on those biases.

In demonstrating partiality, it is therefore not enough to show that a particular juror has certain beliefs, opinions or even biases. It must be demonstrated that those beliefs, opinions or biases prevent the juror (or, I would add, any other decision-maker) from setting aside any preconceptions and coming to a decision on the basis of the evidence: *Parks*, *supra*, at pp. 336-37.

This analysis is certainly not exhaustive. Different factors may determine the issue where, for example, the allegation relates to direct pecuniary bias or some other personal interest in the outcome of a case. Yet the concepts articulated can be used as guiding principles in the consideration of this case.

Ces principes sont exposés de manière similaire dans *R. c. Bertram*, [1989] O.J. No. 2123 (H.C.), où le juge Watt a fait observer ceci, aux pp. 51 et 52:

[TRADUCTION] Dans la langue courante, le terme partialité désigne une tendance, une inclination ou une prédisposition conduisant à privilégier une partie plutôt qu'une autre ou un résultat particulier. Dans le domaine des procédures judiciaires, c'est la prédisposition à trancher une question ou une affaire d'une certaine façon qui ne permet pas au juge d'être parfaitement ouvert à la persuasion. La partialité est un état d'esprit qui infléchit le jugement et rend l'officier judiciaire inapte à exercer ses fonctions impartialement dans une affaire donnée.

Voir également *R. c. Stark*, [1994] O.J. No. 406 (Div. gén.), au par. 64; *Gushman*, précité, au par. 29.

Dans l'arrêt *R. c. Parks* (1993), 15 O.R. (3d) 324 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1994] 1 R.C.S. x, le juge Doherty a conclu que partialité et préjugé recouvraient en fait deux notions différentes. Analysant la question de la partialité ou des préjugés potentiels des jurés, il a souligné ceci à la 336:

[TRADUCTION] La partialité se dégage à la fois de l'état d'esprit et du comportement. Elle évoque la personne qui a certaines idées préconçues et qui, malgré les mesures de protection destinées à contrer leur présence au procès, laissera ces préjugés influencer son verdict.

Pour établir la partialité, il ne suffit donc pas de démontrer qu'un juré en particulier a certaines croyances, certaines opinions, voire même certains préjugés. Il faut établir que ces croyances, opinions ou préjugés empêchent le juré (ou, ajouterais-je, tout autre décideur) de mettre de côté toute idée préconçue et de parvenir à une décision fondée sur la preuve: *Parks*, précité, aux pp. 336 et 337.

Cette analyse n'est évidemment pas exhaustive. D'autres facteurs peuvent entrer en jeu lorsque, par exemple, l'allégation se rapporte à un parti pris financier direct ou à quelque autre intérêt personnel dans le résultat d'une affaire. Les notions dégagées peuvent toutefois guider notre analyse dans la présente espèce.

(iv) The Test for Finding a Reasonable Apprehension of Bias(iv) Le critère à appliquer en matière de crainte raisonnable de partialité

109 When it is alleged that a decision-maker is not impartial, the test that must be applied is whether the particular conduct gives rise to a reasonable apprehension of bias. *Idziak, supra*, at p. 660. It has long been held that actual bias need not be established. This is so because it is usually impossible to determine whether the decision-maker approached the matter with a truly biased state of mind. See *Newfoundland Telephone, supra*, at p. 636.

Lorsqu'on allègue la partialité du décideur, le critère à appliquer consiste à se demander si la conduite particulière suscite une crainte raisonnable de partialité. Voir arrêt *Idziak*, précité, à la p. 660. On reconnaît depuis longtemps qu'il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de la partialité dans les faits. Il est en effet habituellement impossible de déterminer si le décideur a abordé l'affaire avec des idées réellement préconçues. Voir arrêt *Newfoundland Telephone*, précité, à la p. 636.

110 It was in this context that Lord Hewart C.J. articulated the famous maxim: "[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done": *The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. The Crown suggested that this maxim provided a separate ground for review of Judge Sparks' decision, and implied that the threshold for appellate intervention is lower when reviewing a decision for "appearance of justice" than for "appearance of bias". This submission cannot be sustained. The *Sussex Justices* case involved an allegation of bias. The requirement that justice should be seen to be done simply means that the person alleging bias does not have to prove actual bias. The Crown can only succeed if Judge Sparks' reasons give rise to a reasonable apprehension of bias.

C'est dans ce contexte que le lord juge en chef Hewart a énoncé la célèbre maxime: [TRADUCTION] «[il] est essentiel que non seulement justice soit rendue, mais que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue»: *The King c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le ministère public a avancé que cette maxime constituait un motif distinct d'examen de la décision du juge Sparks, laissant entendre que les cours d'appel interviennent plus volontiers dans les cas où l'«impression de justice» est en jeu que dans les cas où il s'agit d'«apparence de partialité». Cet argument est mal fondé. L'affaire *Sussex Justices* concernait une allégation de partialité. L'exigence que justice paraisse être rendue signifie simplement que la personne qui allègue la partialité n'est pas tenue de prouver l'existence de cette partialité dans les faits. Le ministère public ne peut avoir gain de cause que si les motifs du juge Sparks suscitent une crainte raisonnable de partialité.

111 The manner in which the test for bias should be applied was set out with great clarity by de Grandpré J. in his dissenting reasons in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394:

Dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la p. 394, le juge de Grandpré a exposé avec beaucoup de clarté la façon dont il convient d'appliquer le critère de la partialité:

[T]he apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information. . . . [The] test is "what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. . . ."

[L]a crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. [. . .] [C]e critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. . . .»

This test has been adopted and applied for the past two decades. It contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. See *Bertram, supra*, at pp. 54-55; *Gushman, supra*, at para. 31. Further the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including “the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and apprised also of the fact that impartiality is one of the duties the judges swear to uphold”: *R. v. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), at para. 14. See also *Stark, supra*, at para. 74; *R. v. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (S.C.), at para. 34. To that I would add that the reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community.

The appellant submitted that the test requires a demonstration of “real likelihood” of bias, in the sense that bias is probable, rather than a “mere suspicion”. This submission appears to be unnecessary in light of the sound observations of de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty, supra*, at pp. 394-95:

I can see no real difference between the expressions found in the decided cases, be they ‘reasonable apprehension of bias’, ‘reasonable suspicion of bias’, or ‘real likelihood of bias’. The grounds for this apprehension must, however, be substantial and I entirely agree with the Federal Court of Appeal which refused to accept the suggestion that the test be related to the “very sensitive or scrupulous conscience”. [Emphasis added.]

Nonetheless the English and Canadian case law does properly support the appellant’s contention that a real likelihood or probability of bias must be demonstrated, and that a mere suspicion is not enough. See *R. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850 (Q.B.D.); *Metropolitan Properties Co. v. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.); *R. v. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883 (H.L.);

C’est ce critère qui a été adopté et appliqué au cours des deux dernières décennies. Il comporte un double élément objectif: la personne examinant l’allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l’affaire. Voir les décisions *Bertram*, précitée, aux pp. 54 et 55; *Gushman*, précitée, au par. 31. La personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances pertinentes, y compris [TRADUCTION] «des traditions historiques d’intégrité et d’impartialité, et consciente aussi du fait que l’impartialité est l’une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter»: *R. c. Elrick*, [1983] O.J. No. 515 (H.C.), au par. 14. Voir aussi *Stark*, précité, au par. 74; *R. c. Lin*, [1995] B.C.J. No. 982 (C.S.), au par. 34. À ceci j’ajouterais que la personne raisonnable est également censée connaître la réalité sociale sous-jacente à une affaire donnée, et être sensible par exemple à l’ampleur du racisme ou des préjugés fondés sur le sexe dans une collectivité donnée.

L’appelant a fait valoir que le critère exige que soit démontrée une «réelle probabilité» de partialité, par opposition au «simple soupçon». Cet argument paraît inutile à la lumière des justes observations du juge de Grandpré dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, aux pp. 394 et 395:

Je ne vois pas de différence véritable entre les expressions que l’on retrouve dans la jurisprudence, qu’il s’agisse de «crainte raisonnable de partialité», «de soupçon raisonnable de partialité», ou «de réelle probabilité de partialité». Toutefois, les motifs de crainte doivent être sérieux et je suis complètement d’accord avec la Cour d’appel fédérale qui refuse d’admettre que le critère doit être celui d’«une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne». [Je souligne.]

Néanmoins, la jurisprudence anglaise et canadienne appuie avec raison la prétention de l’appelant selon laquelle il faut établir une réelle probabilité de partialité car un simple soupçon est insuffisant. Voir *R. c. Camborne Justices, Ex parte Pearce*, [1954] 2 All E.R. 850 (Q.B.D.); *Metropolitan Properties Co. c. Lannon*, [1969] 1 Q.B. 577 (C.A.); *R. c. Gough*, [1993] 2 W.L.R. 883 (H.L.);

Bertram, supra, at p. 53; *Stark, supra*, at para. 74; *Gushman, supra*, at para. 30.

Bertram, précité, à la p. 53; *Stark*, précité, au par. 74; *Gushman*, précité, au par. 30.

113 Regardless of the precise words used to describe the test, the object of the different formulations is to emphasize that the threshold for a finding of real or perceived bias is high. It is a finding that must be carefully considered since it calls into question an element of judicial integrity. Indeed an allegation of reasonable apprehension of bias calls into question not simply the personal integrity of the judge, but the integrity of the entire administration of justice. See *Stark, supra*, at paras. 19-20. Where reasonable grounds to make such an allegation arise, counsel must be free to fearlessly raise such allegations. Yet, this is a serious step that should not be undertaken lightly.

Peu importe les mots précis utilisés pour définir le critère, ses diverses formulations visent à souligner la rigueur dont il faut faire preuve pour conclure à la partialité, réelle ou apparente. C'est une conclusion qu'il faut examiner soigneusement car elle met en cause un aspect de l'intégrité judiciaire. De fait, l'allégation de crainte raisonnable de partialité met en cause non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais celle de l'administration de la justice toute entière. Voir la décision *Stark*, précitée, aux par. 19 et 20. Lorsqu'existent des motifs raisonnables de formuler une telle allégation, les avocats ne doivent pas redouter d'agir. C'est toute fois une décision sérieuse qu'on ne doit pas prendre à la légère.

114 The onus of demonstrating bias lies with the person who is alleging its existence: *Bertram, supra*, at p. 28; *Lin, supra*, at para. 30. Further, whether a reasonable apprehension of bias arises will depend entirely on the facts of the case.

La charge d'établir la partialité incombe à la personne qui en allègue l'existence: *Bertram*, précité, à la p. 28; *Lin*, précité, au par. 30. De plus, la crainte raisonnable de partialité sera entièrement fonction des faits de l'espèce.

115 Finally, in the context of the current appeal, it is vital to bear in mind that the test for reasonable apprehension of bias applies equally to all judges, regardless of their background, gender, race, ethnic origin, or any other characteristic. A judge who happens to be black is no more likely to be biased in dealing with black litigants, than a white judge is likely to be biased in favour of white litigants. All judges of every race, colour, religion, or national background are entitled to the same presumption of judicial integrity and the same high threshold for a finding of bias. Similarly, all judges are subject to the same fundamental duties to be and to appear to be impartial.

Enfin, dans le contexte du présent pourvoi, il est vital de ne pas perdre de vue que le critère de la crainte raisonnable de partialité s'applique également à tous les juges, indépendamment de leur formation, leur sexe, leur race, leur origine ethnique et toute autre caractéristique. Il n'est pas plus probable que le juge noir soit prévenu en faveurs des justiciables noirs que le juge blanc ne le soit en faveur des justiciables blancs. Tous les juges de toute race, couleur, religion ou origine nationale jouissent de la même présomption d'intégrité judiciaire et ont droit à l'application du même critère rigoureux dans l'examen de la partialité. De façon semblable, tous les juges sont assujettis aux mêmes obligations fondamentales d'être impartiaux et de paraître impartiaux.

(v) Judicial Integrity and the Importance of Judicial Impartiality

(v) L'intégrité de la magistrature et l'importance de son impartialité

116 Often the most significant occasion in the career of a judge is the swearing of the oath of office. It is a moment of pride and joy coupled with a realization of the onerous responsibility that goes with the

Le serment que prononce le juge lorsqu'il entre en fonctions est souvent le moment le plus important de sa carrière. À la fierté et à la joie se mêle en ce moment le sentiment de la lourde responsabilité

office. The taking of the oath is solemn and a defining moment etched forever in the memory of the judge. The oath requires a judge to render justice impartially. To take that oath is the fulfilment of a life's dreams. It is never taken lightly. Throughout their careers, Canadian judges strive to overcome the personal biases that are common to all humanity in order to provide and clearly appear to provide a fair trial for all who come before them. Their rate of success in this difficult endeavour is high.

Courts have rightly recognized that there is a presumption that judges will carry out their oath of office. See *R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), and *Lin, supra*. This is one of the reasons why the threshold for a successful allegation of perceived judicial bias is high. However, despite this high threshold, the presumption can be displaced with "cogent evidence" that demonstrates that something the judge has done gives rise to a reasonable apprehension of bias. See *Smith & Whiteway, supra*, at para. 64; *Lin, supra*, at para. 37. The presumption of judicial integrity can never relieve a judge from the sworn duty to be impartial.

It is right and proper that judges be held to the highest standards of impartiality since they will have to determine the most fundamentally important rights of the parties appearing before them. This is true whether the legal dispute arises between citizen and citizen or between the citizen and the state. Every comment that a judge makes from the bench is weighed and evaluated by the community as well as the parties. Judges must be conscious of this constant weighing and make every effort to achieve neutrality and fairness in carrying out their duties. This must be a cardinal rule of judicial conduct.

The requirement for neutrality does not require judges to discount the very life experiences that may so well qualify them to preside over disputes. It has been observed that the duty to be impartial

qui accompagne cette charge. C'est un moment empreint de solennité, un moment déterminant qui restera gravé dans la mémoire du juge. Par ce serment, il s'engage à rendre la justice avec impartialité. Ce serment marque la réalisation des rêves d'une vie. Il n'est jamais prononcé à la légère. Durant toute leur carrière, les juges canadiens s'efforcent d'écarter les préjugés personnels qui sont le lot commun de tous les humains pour faire en sorte que les procès soient équitables et qu'ils paraissent manifestement équitables. Leur taux de réussite dans cette tâche difficile est élevé.

Les tribunaux ont reconnu à juste titre l'existence d'une présomption voulant que les juges respectent leur serment professionnel. Voir *R. c. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.* (1994), 133 N.S.R. (2d) 50 (C.A.), et *Lin, précité*. C'est l'une des raisons pour lesquelles une allégation d'apparence de partialité doit être examinée selon une norme rigoureuse. En dépit cependant de cette norme stricte, il est possible de combattre la présomption par une «preuve convaincante» démontrant qu'un aspect de la conduite du juge suscite une crainte raisonnable de partialité. Voir *Smith & Whiteway, précité*, au par. 64; *Lin, précité*, au par. 37. La présomption d'intégrité judiciaire ne peut jamais libérer un juge de sa promesse d'impartialité.

Il est juste et bon que les juges soient tenus de respecter les plus hautes normes d'impartialité car ils sont appelés à statuer sur les droits les plus fondamentaux des parties. Cela vaut autant pour les litiges entre les citoyens que pour ceux entre les particuliers et l'État. Tout commentaire fait par un juge à l'audience est pesé et évalué par la collectivité et par les parties. Les juges doivent être conscients qu'ils sont constamment jugés et ils doivent faire tout leur possible pour remplir leur fonction avec neutralité et équité. Cela doit être la règle cardinale qui guide leur conduite.

Rester neutre pour le juge ce n'est pas faire abstraction de toute l'expérience de la vie à laquelle il doit peut-être son aptitude à arbitrer les litiges. On a fait observer que l'obligation d'impartialité

117

118

119

does not mean that a judge does not, or cannot bring to the bench many existing sympathies, antipathies or attitudes. There is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact with those with whom we share the planet. Indeed, even if it were possible, a judge free of this heritage of past experience would probably lack the very qualities of humanity required of a judge. Rather, the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind.

(Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991), at p. 12.)

It is obvious that good judges will have a wealth of personal and professional experience, that they will apply with sensitivity and compassion to the cases that they must hear. The sound belief behind the encouragement of greater diversity in judicial appointments was that women and visible minorities would bring an important perspective to the difficult task of judging. See for example the discussion by the Honourable Maryka Omatsu, "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 *C.J.W.L.* 1. See also Devlin, *supra*, at pp. 408-9.

120

Regardless of their background, gender, ethnic origin or race, all judges owe a fundamental duty to the community to render impartial decisions and to appear impartial. It follows that judges must strive to ensure that no word or action during the course of the trial or in delivering judgment might leave the reasonable, informed person with the impression that an issue was predetermined or that a question was decided on the basis of stereotypical assumptions or generalizations.

ne veut pas dire qu'un juge n'amène pas ou ne peut pas amener avec lui sur le banc de nombreuses sympathies, antipathies ou attitudes. Tout être humain est le produit de son expérience sociale, de son éducation et de ses contacts avec ceux et celles qui partagent le monde avec nous. Un juge qui n'aurait pas connu ces expériences passées — à supposer que cela soit possible — manquerait probablement des qualités humaines dont a besoin un juge. La sagesse que l'on exige d'un juge lui impose d'admettre consciemment, et peut-être de remettre en question, l'ensemble des attitudes et des sympathies que ses concitoyens sont libres d'emporter à la tombe sans en avoir vérifié le bien-fondé.

La véritable impartialité n'exige pas que le juge n'ait ni sympathie ni opinion. Elle exige que le juge soit libre d'accueillir et d'utiliser différents points de vue en gardant un esprit ouvert.

(Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991), à la p. 15.)

De toute évidence, le bon juge a une vaste expérience personnelle et professionnelle, qu'il met à profit pour trancher les litiges avec sensibilité et compassion. Si l'on a décidé d'encourager la nomination de juges appartenant à des groupes plus variés, c'est qu'on a estimé à juste titre que les femmes et les minorités visibles apporteraient une perspective importante à la tâche difficile de rendre justice. Voir par exemple l'analyse de l'honorable Maryka Omatsu, «The Fiction of Judicial Impartiality» (1997), 9 *R.F.D.* 1. Voir aussi Devlin, *loc. cit.*, aux pp. 408 et 409.

Peu importe leur formation, leur sexe, leur origine ethnique ou raciale, tous les juges ont l'obligation fondamentale envers la collectivité de rendre des décisions impartiales et de paraître impartiaux. Il s'ensuit que les juges doivent s'efforcer de ne prononcer aucune parole et de n'accomplir aucun acte durant le procès ou en rendant jugement qui puisse donner à une personne raisonnable et bien renseignée l'impression qu'une question a été jugée prématurément ou tranchée sur la foi de suppositions ou de généralisations stéréotypées.

(vi) Should Judges Refer to Aspects of Social Context in Making Decisions?

It is the submission of the appellant and interveners that judges should be able to refer to social context in making their judgments. It is argued that they should be able to refer to power imbalances between the sexes or between races, as well as to other aspects of social reality. The response to that submission is that each case must be assessed in light of its particular facts and circumstances. Whether or not the use of references to social context is appropriate in the circumstances and whether a reasonable apprehension of bias arises from particular statements will depend on the facts of the case.

At the outset, I would note that this appeal was not put forward by the appellant as engaging the principles of judicial notice. Rather it was the appellant's contention that the references to social context by Judge Sparks simply made use of her background, experience and knowledge of social conditions to assist her in the analysis of the persons involved in the case. One of the interveners did argue that the principles of judicial notice apply in this case. However, since the appellant did not put forward this position, it would be inappropriate to consider the question as to whether the existence of anti-black racism in society is a proper subject for judicial notice.

Certainly judges may, on the basis of expert evidence adduced, refer to relevant social conditions in reasons for judgment. In some circumstances, those references are necessary, so that the law may evolve in a manner which reflects social reality. For example, in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, expert evidence of the psychological experiences of battered women was used to inform the standard of reasonableness to be applied when self-defence is invoked by women who have been victims of domestic violence.

In *Lavallee*, the references to social context were based on expert evidence and were used solely to develop the relevant legal principle. In an individual case, however, it is still the responsibil-

(vi) Le contexte social doit-il jouer dans les décisions des juges?

L'appelant et les intervenants ont soutenu que les juges devraient être habilités à tenir compte du contexte social dans leur décision. On a affirmé qu'ils devraient pouvoir tenir compte de l'inégalité de pouvoir entre les sexes et les races, ainsi que d'autres aspects de la réalité sociale. La réponse à cet argument est que chaque cas doit être examiné selon les faits et ses circonstances propres. Les faits de l'espèce détermineront s'il convient, au vu des circonstances, de prendre en considération le contexte social et si les paroles prononcées suscitent une crainte raisonnable de partialité.

Tout d'abord, je ferai remarquer que dans le présent pourvoi l'appelant n'entend pas arguer des principes de la connaissance d'office. Il affirme plutôt qu'en tenant compte du contexte social, le juge Sparks a simplement fait fond sur ses antécédents, son expérience et ses connaissances des conditions sociales pour mieux analyser les personnes en cause. L'un des intervenants a bel et bien fait valoir que les principes de la connaissance d'office étaient applicables. Toutefois, comme l'appelant n'a pas avancé un tel argument, il ne convient pas d'étudier la question de savoir s'il appartenait au juge de prendre connaissance d'office de l'existence dans la société de racisme anti-noir.

Sans aucun doute, les juges peuvent, en s'appuyant sur les témoignages d'experts, se référer dans les motifs de leur jugement aux conditions sociales pertinentes. Parfois, il est indispensable de s'y référer, afin que l'évolution du droit traduise la réalité sociale. Par exemple, dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, le témoignage d'expert relatif aux expériences psychologiques des femmes battues a servi à définir la norme du caractère raisonnable applicable lorsque la légitime défense est invoquée par les femmes victimes de violence conjugale.

Dans *Lavallee*, les références au contexte social reposaient sur un témoignage d'expert, et elles n'ont servi qu'à énoncer le principe de droit pertinent. Dans chaque cas, cependant, il incombe tou-

121

122

123

124

ity of the woman putting forward the defence to establish that the general principles about women's experiences of domestic violence actually apply. The trier of fact still retains the important task of determining whether the evidence of a battered woman of her experiences in the particular case is in fact believable — in other words, whether the generalizations about social reality apply to the individual female accused. See *Lavallee, supra*, at p. 891.

125 Similarly, judges have recently made use of expert evidence of social conditions in order to develop the appropriate legal framework to be utilized for ensuring juror impartiality. In *Parks, supra*, Doherty J.A. referred to a body of studies and reports documenting the prevalence of anti-black racism in the Metropolitan Toronto area. On the basis of his conclusions, at p. 338, that anti-black racism is a "grim reality" in that community he developed a legal framework permitting jurors to be challenged for cause on the basis of racial preconceptions. This legal framework is applicable in circumstances where a realistic possibility exists that such preconceptions might threaten juror impartiality.

126 Other cases have applied and extended these principles on the basis of expert knowledge of the social context existing in the particular community, or in the particular relationships between parties to the case. See, for example, *R. v. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.); *R. v. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67.

127 In *Parks* and *Lavallee*, for instance, the expert evidence of social context was used to develop principles of general application in certain kinds of cases. These principles are legal in nature, and are structured to ensure that the role of the trier of fact in a particular case is not abrogated or usurped. It is clear therefore that references to social context based upon expert evidence are sometimes permissible and helpful, and that they do not automatically give rise to suspicions of judicial bias. However, there is a very significant difference between cases such as *Lavallee* and *Parks* in which social context is used to ensure that the law evolves in keeping with changes in social reality and cases,

jours à la femme qui fait valoir ce moyen de défense d'établir que les principes généraux concernant les expériences de violence conjugale s'appliquent effectivement à elle. La tâche importante de déterminer si l'on peut ajouter foi au témoignage de la femme battue sur ce qu'elle-même a vécu continue d'appartenir au juge des faits — autrement dit, c'est à lui de décider si les généralisations au sujet de la réalité sociale s'appliquent à l'accusée. Voir *Lavallee*, précité, à la p. 891.

De même, des juges ont récemment utilisé le témoignage d'expert sur les conditions sociales pour établir un cadre juridique propre à garantir l'impartialité des jurés. Dans l'arrêt *Parks*, précité, le juge Doherty s'est reporté à une série d'études et de rapports sur l'ampleur du racisme anti-noir dans l'agglomération torontoise. Après avoir noté que ce type de racisme constituait une [TRADUCTION] «triste réalité» (à la p. 338) dans ce milieu, il a établi un cadre juridique pour la récusation motivée des jurés ayant des idées préconçues d'ordre racial. Ce cadre juridique est applicable dans toute cause où s'observe une possibilité réaliste que de telles idées préconçues compromettent l'impartialité d'un juré.

Ces principes ont été appliqués et élargis dans d'autres causes où une preuve d'expert avait établi le contexte social relativement à une collectivité donnée ou aux rapports entre les parties au litige. Voir, par exemple, *R. c. Wilson* (1996), 29 O.R. (3d) 97 (C.A.); *R. c. Glasgow* (1996), 93 O.A.C. 67.

Dans les arrêts *Parks* et *Lavallée*, par exemple, le témoignage d'expert concernant le contexte social a servi à établir des principes d'application générale pour certains types de cas. Ce sont des principes de droit conçus de façon à ne pas enlever au juge des faits la tâche qui lui revient dans un cas donné. De toute évidence, les références au contexte social fondées sur des témoignages d'experts sont donc, dans certains cas, acceptables et utiles, et ne font pas naître automatiquement des soupçons de partialité. Toutefois, il y a une différence très importante entre des affaires comme *Lavallee* et *Parks*, dans lesquelles le contexte social est invoqué pour assurer l'adéquation du droit et de la

such as this one, where social context is apparently being used to assist in determining an issue of credibility.

(vii) Use of Social Context in Assessing Credibility

It is, of course, true that the assessment of the credibility of a witness is more of an “art than a science”. The task of assessing credibility can be particularly daunting where a judge must assess the credibility of two witnesses whose testimony is diametrically opposed. It has been held that “[t]he issue of credibility is one of fact and cannot be determined by following a set of rules . . .”: *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272. It is the highly individualistic nature of a determination of credibility, and its dependence on intangibles such as demeanour and the manner of testifying, that leads to the well-established principle that appellate courts will generally defer to the trial judge’s factual findings, particularly those pertaining to credibility. See, for example, *W. (R.)*, *supra*.

However, it is also the individualistic nature of a determination of credibility that requires the judge, as trier of fact, to be particularly careful to be and to appear to be neutral. This obligation requires the judge to walk a delicate line. On one hand, the judge is obviously permitted to use common sense and wisdom gained from personal experience in observing and judging the trustworthiness of a particular witness on the basis of factors such as testimony and demeanour. On the other hand, the judge must avoid judging the credibility of the witness on the basis of generalizations or upon matters that were not in evidence.

When making findings of credibility it is obviously preferable for a judge to avoid making any comment that might suggest that the determination of credibility is based on generalizations rather than on the specific demonstrations of truthfulness or untruthfulness that have come from the particular witness during the trial. It is true that judges do not have to remain passive, or to divest themselves of all their experience which assists them in

réalité sociale, et celles comme la présente espèce, où le contexte social est apparemment utilisé pour trancher une question de crédibilité.

(vii) Utilisation du contexte social dans l’appréciation de la crédibilité

Bien entendu, il est vrai que l’évaluation de la crédibilité d’un témoin est plus «un art qu’une science». La tâche d’apprécier la crédibilité peut être particulièrement ardue pour le juge qui doit évaluer les témoignages radicalement contraires de deux témoins. Il a déjà été décidé que [TRADUCTION] «[l]a crédibilité est une question de fait et ne peut pas être déterminée selon des règles fixes. . .»: *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272. La détermination de la crédibilité est par nature très personnelle et repose sur des éléments intangibles comme le comportement et la manière de témoigner; c’est pourquoi il y a un principe bien établi qui veut que les cours d’appel défèrent généralement aux conclusions de fait du juge du procès, en particulier celles concernant la crédibilité. Voir par exemple l’arrêt *W. (R.)*, précité.

Toutefois, c’est aussi en raison de la nature personnelle de la détermination de la crédibilité que le juge, en tant que juge des faits, est tenu de prendre bien soin d’être et de paraître neutre. En s’acquittant de cette obligation, le juge s’engage dans une entreprise délicate. D’une part, il lui est manifestement permis de recourir au sens commun et aux enseignements tirés de son expérience personnelle pour observer un témoin et évaluer sa véracité en tenant compte, en particulier, de facteurs tels que la déposition qu’il a faite et son comportement. D’autre part, le juge doit éviter d’apprécier la crédibilité du témoin sur la foi de généralisations ou d’éléments non versés en preuve.

À l’évidence, il vaut mieux que le juge appelé à statuer sur la crédibilité évite de faire tout commentaire qui pourrait donner l’impression qu’il a jugé de la crédibilité en s’appuyant sur des généralisations plutôt que sur des démonstrations précises de la véracité ou du manque d’honnêteté du témoin au procès. Il est vrai que les juges n’ont pas à rester passifs ni à faire abstraction de toute leur expérience qui les aide à tirer des conclusions de fait.

128

129

130

their judicial fact finding. See *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *Commentaries on Judicial Conduct, supra*, at p. 12. Yet judges have wide authority and their public utterances are closely scrutinized. Neither the parties nor the informed and reasonable observer should be led to believe by the comments of the judge that decisions are indeed being made based on generalizations.

Voir *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *Propos sur la conduite des juges, op. cit.*, à la p. 15. Néanmoins, les juges ont un large pouvoir et les propos qu'ils tiennent en public sont passés au crible. Le juge ne doit pas, par ses commentaires, amener les parties ou l'observateur renseigné et raisonnable à croire qu'il s'est, de fait, basé sur des généralisations.

131

At the commencement of their testimony all witnesses should be treated equally without regard to their race, religion, nationality, gender, occupation or other characteristics. It is only after an individual witness has been tested and assessed that findings of credibility can be made. Obviously the evidence of a policeman, or any other category of witness, cannot be automatically preferred to that of accused persons, any more than the testimony of blue eyed witnesses can be preferred to those with gray eyes. That must be the general rule. In particular, any judicial indication that police evidence is always to be preferred to that of a black accused person would lead the reasonable and knowledgeable observer to conclude that there was a reasonable apprehension of bias.

Quand ils commencent leur déposition, tous les témoins doivent être traités sur un pied d'égalité, sans considération de race, religion, nationalité, sexe, occupation ou autre caractéristique. C'est seulement après qu'un témoin a été jaugé et évalué qu'on peut décider de sa crédibilité. De toute évidence, le témoignage d'un policier ou de quelque autre catégorie de témoins, ne saurait être automatiquement préféré à celui de l'accusé, tout comme l'on ne saurait préférer le témoignage des témoins aux yeux bleus à celui des témoins aux yeux gris. Voilà la règle générale à suivre. En particulier, toute indication, de la part du juge, qu'il convient de toujours préférer le témoignage des policiers à celui des accusés noirs amènerait l'observateur raisonnable et renseigné à conclure à la crainte raisonnable de partialité.

132

In some circumstances it may be acceptable for a judge to acknowledge that racism in society might be, for example, the motive for the overreaction of a police officer. This may be necessary in order to refute a submission that invites the judge as trier of fact to presume truthfulness or untruthfulness of a category of witnesses, or to adopt some other form of stereotypical thinking. Yet it would not be acceptable for a judge to go further and suggest that all police officers should therefore not be believed or should be viewed with suspicion where they are dealing with accused persons who are members of a different race. Similarly, it is dangerous for a judge to suggest that a particular person overreacted because of racism unless there is evidence adduced to sustain this finding. It would be equally inappropriate to suggest that female complainants, in sexual assault cases, ought to be believed more readily than male accused per-

Il peut parfois être acceptable que le juge reconnaisse, par exemple, que la réaction excessive d'un agent peut s'expliquer par le racisme dans la société, et ce, pour réfuter l'argument invitant le juge, en tant que juge des faits, à présumer qu'une catégorie de témoins dira la vérité ou mentira, ou à adopter une autre forme d'opinion stéréotypée. Néanmoins, il serait inacceptable qu'un juge aille plus loin et qu'il affirme qu'en conséquence, il y a lieu de ne pas croire le témoignage des policiers, ou de douter de ce témoignage, quand il vise des accusés appartenant à une autre race. De même, il est dangereux qu'un juge indique qu'une personne en particulier a eu une réaction excessive à cause du racisme, sauf si la preuve étaye cette conclusion. Il serait tout aussi contre-indiqué d'affirmer que, dans les affaires d'agression sexuelle, il faut croire davantage les plaignantes que les accusés, pour la seule raison qu'historiquement, en matière

sons solely because of the history of sexual violence by men against women.

If there is no evidence linking the generalization to the particular witness, these situations might leave the judge open to allegations of bias on the basis that the credibility of the individual witness was prejudged according to stereotypical generalizations. This does not mean that the particular generalization — that police officers have historically discriminated against visible minorities or that women have historically been abused by men — is not true, or is without foundation. The difficulty is that reasonable and informed people may perceive that the judge has used this information as a basis for assessing credibility instead of making a genuine evaluation of the evidence of the particular witness' credibility. As a general rule, judges should avoid placing themselves in this position.

To state the general proposition that judges should avoid making comments based on generalizations when assessing the credibility of individual witnesses does not lead automatically to a conclusion that when a judge does so, a reasonable apprehension of bias arises. In some limited circumstances, the comments may be appropriate. Furthermore, no matter how unfortunate individual comments appear in isolation, the comments must be examined in context, through the eyes of the reasonable and informed person who is taken to know all the relevant circumstances of the case, including the presumption of judicial integrity, and the underlying social context.

Before applying these principles to the facts of this case, it may be helpful to review some selected examples of the way in which courts have dealt with allegations of bias in similar cases.

(viii) How Have Courts Addressed Allegations of Judicial Bias?

Allegations of reasonable apprehension of bias are entirely fact-specific. It follows that other cases in which courts have dealt with similar allegations

de violence sexuelle, les femmes ont été les victimes et les hommes, les agresseurs.

Si aucune preuve ne relie la généralisation à un témoin en particulier, le juge pourrait, en pareille situation, prêter le flanc à des allégations de partialité du fait qu'il aurait préjugé de la crédibilité du témoin en fonction de généralisations stéréotypées. Ce qui ne veut pas dire que la généralisation en cause — selon laquelle les policiers ont, historiquement, agi de manière discriminatoire à l'endroit des minorités visibles ou selon laquelle les femmes ont, historiquement, été l'objet de violence exercée par les hommes — est fausse, ou sans fondement. Ce qui fait problème c'est que les gens raisonnables et renseignés peuvent avoir l'impression que le juge a basé son évaluation de la crédibilité sur cette donnée, au lieu de procéder à une réelle appréciation de la preuve constituée par la déposition de ce témoin en particulier. En règle générale, les juges doivent éviter de s'exposer ainsi.

Formuler la proposition générale que les juges doivent éviter de faire des commentaires basés sur des généralisations lorsqu'ils apprécient la crédibilité de témoins n'amène pas *ipso facto* à la conclusion que, lorsqu'un juge agit ainsi, il en résulte une crainte raisonnable de partialité. Dans un certain nombre de cas limité, les commentaires peuvent être à propos. De plus, si malheureux puissent-ils paraître, pris isolément, ces commentaires doivent être examinés selon le contexte, du point de vue de la personne raisonnable et renseignée qui est censée connaître toutes les circonstances pertinentes de l'affaire, y compris la présomption d'intégrité judiciaire et le contexte social sous-jacent.

Avant d'appliquer ces principes aux faits de l'espèce, j'estime utile de passer en revue certains exemples de la façon dont les tribunaux ont tranché des allégations de partialité dans des causes semblables.

(viii) Réponses des tribunaux dans les cas d'allégation de partialité

L'allégation de crainte raisonnable de partialité est entièrement fonction des faits de l'espèce. Il s'ensuit que les autres affaires dans lesquelles les

133

134

135

136

are of very limited precedential value. It is simply not possible to look at an individual case and conclude that the determination of the presence or absence of bias in that case must apply to the case at bar. Nonetheless, it is helpful to review some selected cases in which similar allegations have been made if only to observe the benchmarks against which the allegations were measured.

137 Thus, in *Bertram, supra*, some comments made by the trial judge during the course of a sentencing hearing suggested that he was predisposed to give effect to a joint sentencing submission before he had heard the details of the submission. Although the comments were described at p. 60 as “wholly inappropriate”, Watt J. indicated that the remarks must not be looked at in isolation. On the basis of a review of the whole proceedings, Watt J. concluded that no reasonable apprehension of bias arose from the trial judge’s conduct because he had on other occasions stressed his willingness to hear submissions on the question that he appeared to have predetermined. In the circumstances, therefore, it could not be said that a reasonable person hearing his comments, with knowledge of the case, would conclude that he might not be impartial. See also *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337 (Bd. Inq.), at pp. 345-47; *R. v. Teskey* (1995), 167 A.R. 122 (Q.B.); *Lin, supra*.

138 In *Pirbhai Estate v. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685, leave to appeal denied, [1988] 1 S.C.R. xii, the British Columbia Court of Appeal considered an allegation of reasonable apprehension of bias. The trial judge, in assessing the credibility of a witness commented that the demeanour of the witness had been shifty and evasive. The trial judge then said at p. 5, “[i]t is obvious to me that he carried on a successful business in Pakistan in a corrupt society . . .” Seaton J.A. looked at the whole proceeding, and held, at pp. 5-6, that “I think the remarks unfortunate, but that no reasonable person reading them would apprehend any

tribunaux ont étudié des allégations semblables ont une valeur très limitée à titre de précédent. Il n’est tout simplement pas possible de se fonder sur un cas individuel pour conclure que la détermination de la présence ou de l’absence de partialité dans ce cas précis doit s’appliquer au cas qui nous occupe. Néanmoins, il est utile d’examiner certaines affaires choisies où des allégations semblables ont été faites ne serait-ce que pour observer les critères selon lesquels elles ont été jaugées.

Ainsi, dans l’affaire *Bertram*, précitée, certains commentaires faits par le juge du procès au cours de la détermination de la peine donnaient à penser qu’il était prédisposé à donner suite à une proposition conjointe quant à la peine avant même d’en avoir entendu les détails. Bien qu’il ait affirmé, à la p. 60, que les commentaires avaient été faits [TRADUCTION] «très mal à propos», le juge Watt a indiqué qu’il ne fallait pas prendre ces remarques isolément. Après un examen de l’ensemble de la procédure, le juge Watt a conclu que la conduite du juge du procès ne suscitait aucune crainte raisonnable de partialité parce qu’il avait à d’autres moments souligné être disposé à entendre les arguments sur la question qu’il semblait avoir tranchée prématurément. Aussi a-t-il estimé, au vu des circonstances, qu’on ne pouvait pas dire qu’une personne raisonnable, au courant de l’affaire, conclurait à la possibilité qu’il ne soit pas impartial. Voir aussi *Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re*, [1990] N.W.T.R. 337 (Comm. d’enq.), aux pp. 345 à 347; *R. c. Teskey* (1995), 167 A.R. 122 (B.R.); *Lin*, précité.

Dans *Pirbhai Estate c. Pirbhai*, [1987] B.C.J. No. 2685, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 1 R.C.S. xii, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique était saisie d’une allégation de crainte raisonnable de partialité. Au sujet de la crédibilité d’un témoin, le juge du procès avait fait remarquer que le témoin avait donné des réponses ambiguës et évasives. Le juge du procès avait dit ensuite à la p. 5: [TRADUCTION] «[i]l m’apparaît évident qu’il a exploité une entreprise prospère au Pakistan dans une société corrompue . . .» Le juge Seaton a considéré l’ensemble de la procédure et a conclu en ces termes aux pp. 5 et 6: [TRADUCTION] «Je pense

bias on the part of the trial judge in this case". The remainder of the trial judge's reasons revealed that he came to his conclusions on credibility on the basis of the evidence, not on the basis of the kind of bias or prejudice suggested by his comments about the "corrupt society".

By contrast, a reasonable apprehension of bias was found in *Foto v. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43 (Ont. C.A.). In that case, at p. 44, the trial judge in finding that the plaintiff in the case was not a credible witness stated that: "I regret to have to say that too many newcomers to our country have as yet not learned the necessity of speaking the whole truth. . . . They have not learned that frankness is essential to our system of law and justice". The Court of Appeal concluded that a reasonable apprehension of bias arose in that these were not acceptable ingredients of any judgment, and ought not to influence or appear to influence the trial judge's determination of credibility.

In the current appeal, the Crown's position is that in *Foto, supra*, the circumstances are precisely the same as in the case at bar. I disagree. In *Foto, supra*, the remarks of the trial judge were fundamental to his findings of credibility, and appeared to be the sole basis on which the witness was disbelieved. This is not the situation in the current appeal, which has to be assessed on its own particular facts, and in its own context.

These examples demonstrate that allegations of perceived judicial bias will generally not succeed unless the impugned conduct, taken in context, truly demonstrates a sound basis for perceiving that a particular determination has been made on the basis of prejudice or generalizations. One overriding principle that arises from these cases is that the impugned comments or other conduct must not be looked at in isolation. Rather it must be considered in the context of the circumstances, and in light of the whole proceeding.

que ces remarques sont malheureuses, mais qu'aucune personne raisonnable en en prenant connaissance ne craindrait que le juge du procès ne soit partial dans cette cause.» Il appert du reste des motifs du juge du procès qu'il a tiré ses conclusions concernant la crédibilité sur la foi de la preuve et non sur la foi du genre de parti pris ou de préjugé que semblaient indiquer ses commentaires au sujet de la «société corrompue».

Par contraste, la cour a conclu à une crainte raisonnable de partialité dans *Foto c. Jones* (1974), 45 D.L.R. (3d) 43 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, le juge du procès, concluant que le plaignant n'était pas un témoin crédible, avait dit ceci à la p. 44: [TRADUCTION] «Je regrette d'avoir à dire que trop de nouveaux arrivants dans notre pays n'ont pas encore appris la nécessité de dire toute la vérité. [. . .] Ils n'ont pas appris que la franchise est essentielle à notre système de droit et de justice.» La Cour d'appel a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité parce que de tels éléments ne devraient jamais jouer dans un jugement et qu'ils ne devraient pas influencer ni paraître influencer la décision du juge du procès sur la crédibilité.

Dans le présent pourvoi, le ministère public soutient que les circonstances constatées dans l'arrêt *Foto*, précité, sont précisément identiques à celles de la présente espèce. Je ne suis pas d'accord. Dans cet arrêt-là, les remarques du juge du procès ont joué un rôle fondamental dans sa décision sur la crédibilité et ont semblé être le seul fondement du rejet du témoignage. Telle n'est pas la situation dans la présente espèce, laquelle doit être analysée suivant ses faits propres et son contexte.

Ces exemples montrent que les allégations de crainte de partialité ne seront généralement pas admises à moins que la conduite reprochée, interprétée selon son contexte, ne crée véritablement l'impression qu'une décision a été prise sur la foi d'un préjugé ou de généralisations. Voici le principe primordial qui se dégage de cette jurisprudence: les commentaires ou la conduite reprochés ne doivent pas être examinés isolément, mais bien selon le contexte des circonstances et par rapport à l'ensemble de la procédure.

139

140

141

C. Application of These Principles to the Facts

142 Did Judge Sparks' comments give rise to a reasonable apprehension of bias? In order to answer that question, the nature of the Crown's allegation against Judge Sparks must be clearly understood. At the outset, it must be emphasized that it is obviously not appropriate to allege bias against Judge Sparks simply because she is black and raised the prospect of racial discrimination. Further, exactly the same high threshold for demonstrating reasonable apprehension of bias must be applied to Judge Sparks in the same manner it would be to all judges. She benefits from the presumption of judicial integrity that is accorded to all who swear the judicial oath of office. The Crown bears the onus of displacing this presumption with "cogent evidence".

143 Similarly, her finding that she could not accept the evidence of Constable Stienburg cannot raise a reasonable apprehension of bias. Neither Constable Stienburg nor any other police officer has an automatic right to be believed, any more than does the accused R.D.S. or any other accused. Police officers cannot expect to be immune from a finding that their testimony is not credible on some occasions. The basic function of a trial judge to determine issues of credibility and make findings of fact would be rendered meaningless if the credibility of police officers were to be accepted without question whenever their evidence diverged from that given by another witness. An unfavourable finding relating to the credibility of Constable Stienburg could only give rise to an apprehension of bias if it could reasonably be perceived to have been made on the basis of stereotypical generalizations, or as Scalia J. put it in *Litky*, *supra*, on the basis of "wrongful or inappropriate" opinions not justified in the evidence.

144 The Crown contended that the real problem arising from Judge Sparks' remarks was the inability of the Crown and Constable Stienburg to respond to the remarks. In other words, the Crown attempted to put forward an argument that the trial was rendered unfair for failure to comply with

C. Application de ces principes aux faits

Les commentaires faits par le juge Sparks dans ses motifs suscitent-ils une crainte raisonnable de partialité? Pour répondre à cette question, il faut bien comprendre la nature de l'allégation du ministère public. Il faut tout d'abord souligner qu'il est de toute évidence mal à propos d'imputer un parti pris au juge Sparks simplement parce qu'elle est Noire et qu'elle a évoqué la possibilité de discrimination raciale. En outre, il faut appliquer au juge Sparks comme à tout autre juge la même norme rigoureuse pour déterminer la crainte raisonnable de partialité. Elle bénéficie de la présomption d'intégrité judiciaire qui joue en faveur de tous les juges qui ont prononcé le serment professionnel. Le ministère public a la charge de réfuter la présomption par des «preuves convaincantes».

La conclusion qu'elle a tirée, selon laquelle elle ne pouvait pas accepter le témoignage de l'agent Stienburg, ne saurait non plus susciter une crainte raisonnable de partialité. Ni l'agent Stienburg ni quelque policier que ce soit ne jouit automatiquement du droit d'être cru, pas plus d'ailleurs que l'accusé R.D.S. ni aucun autre accusé. Les policiers ne peuvent s'attendre à être immunisés contre la conclusion que leur témoignage n'est pas digne de foi dans certains cas. La fonction essentielle du juge, qui est de trancher les questions de crédibilité et d'en arriver à des conclusions sur les faits, perdrait tout son sens si la crédibilité des policiers devait être reconnue aveuglément, chaque fois que leur déposition s'oppose à celle d'un autre témoin. Une conclusion défavorable concernant la crédibilité de l'agent Stienburg ne pourrait susciter une crainte de partialité que si elle donnait raisonnablement l'impression qu'elle est basée sur des généralisations stéréotypées ou, pour reprendre les propos du juge Scalia dans l'arrêt *Litky*, précité, sur des opinions [TRADUCTION] «erronnées ou inappropriées», non justifiées par la preuve.

Le ministère public a soutenu qu'en fait, ce qui faisait problème c'était que le ministère public et l'agent Stienburg n'aient pas pu répondre aux remarques du juge Sparks. Autrement dit, il a tenté de faire valoir que le procès avait été inéquitable parce qu'il y avait eu transgression des règles de

“natural justice”. This cannot be accepted. Neither Constable Stienburg nor the Crown was on trial. Rather, it is essential to consider whether the remarks of Judge Sparks gave rise to a reasonable apprehension of bias. This is the only basis on which this trial could be considered unfair.

Before finding that a reasonable apprehension of bias did arise Glube C.J.S.C. found that Judge Sparks conducted an acceptable review of all the evidence before making the comments that are the subject of the controversy. She concluded that if the decision had ended after the general review of the evidence and the resulting assessments of credibility, there would be no basis on which to impugn Judge Sparks’ decision. I agree completely with this assessment. It is with the finding of a reasonable apprehension of bias that I must, with respect, differ.

A reading of Judge Sparks’ reasons indicates that before she made the challenged comments, she had a reasonable doubt as to the veracity of the officer’s testimony and had found R.D.S. to be a credible witness. She gave convincing reasons for these findings. It is clear that Judge Sparks was well aware that the burden rested on the Crown to prove all the elements of the offence beyond a reasonable doubt, and she applied that burden. None of the bases for reaching these initial conclusions on credibility was based on generalizations or stereotypes. Her reasons for rejecting or accepting testimony could be applied to any witness, regardless of race or gender.

Did Judge Sparks’ subsequent comments about race taint her findings of credibility? The unfortunate remarks took this form:

The Crown says, well, why would the officer say that events occurred the way in which he has relayed them to the Court this morning. I am not saying that the Constable has misled the court, although police officers have been known to do that in the past. I am not saying that the officer overreacted, but certainly police officers do

justice naturelle. Cet argument est indéfendable. Ce n’était pas le procès de l’agent Stienburg, ni celui du ministère public. La question qui se pose est bien plutôt essentiellement de savoir si les remarques du juge Sparks ont suscité une crainte raisonnable de partialité. Voilà la seule raison pour laquelle ce procès pourrait être tenu pour inéquitable.

Le juge en chef Glube, qui a conclu à la crainte raisonnable de partialité, a estimé que le juge Sparks avait fait un examen acceptable de toute la preuve avant de faire les commentaires controversés. Elle a conclu que si le juge Sparks avait clos sa décision après son examen général de la preuve et ses conclusions quant à la question de la crédibilité, il n’y aurait pas eu de motif d’en appeler de sa décision. Je suis tout à fait d’accord là-dessus. Toutefois, je me trouve malheureusement dans l’obligation d’exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge en chef sur la crainte raisonnable de partialité.

Il ressort des motifs du juge Sparks, qu’avant de faire les remarques contestées, elle a eu un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du policier et qu’elle a estimé que R.D.S. était un témoin crédible. Elle a motivé ces conclusions de manière convaincante. De toute évidence, le juge Sparks a tenu compte de la charge incombant au ministère public de prouver tous les éléments de l’infraction hors de tout doute raisonnable et elle a vérifié s’il s’était acquitté de cette charge. Ses conclusions initiales sur la crédibilité ne reposaient aucunement sur des généralisations ou des stéréotypes. Ses motifs de rejet ou d’acceptation des témoignages pouvaient s’appliquer à n’importe quel témoin, sans égard à sa race ou à son sexe.

Les commentaires qu’a faits ensuite le juge Sparks sur les relations raciales ont-ils entaché ses conclusions sur la crédibilité? Voici la teneur de ces remarques:

[TRADUCTION] Le ministère public dit, bien, pourquoi le policier aurait-il dit que les événements se sont déroulés comme il les a relatés à la Cour ce matin? Je ne dis pas que l’agent a trompé la Cour, bien qu’on sache que des policiers l’aient fait dans le passé. Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive, même s’il

145

146

147

overreact, particularly when they are dealing with non-white groups. That to me indicates a state of mind right there that is questionable. I believe that probably the situation in this particular case is the case of a young police officer who overreacted. I do accept the evidence of [R.D.S.] that he was told to shut up or he would be under arrest. It seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day.

148 The statement that police officers have been known to mislead the court, or to overreact is not in itself offensive. Police officers are subject to the same human frailties that affect and shape the actions of everyone. The remarks become more troubling, however, when it is stated that police officers do overreact in dealing with non-white groups.

149 The history of anti-black racism in Nova Scotia was documented recently by the *Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution* (1989). It suggests that there is a realistic possibility that the actions taken by the police in their relations with visible minorities demonstrate both prejudice and discrimination. I do not propose to review and comment upon the vast body of sociological literature referred to by the parties. It was not in evidence at trial. In the circumstances it will suffice to say that they indicate that racial tension exists at least to some degree between police officers and visible minorities. Further, in some cases, racism may have been exhibited by police officers in arresting young black males.

150 However, there was no evidence before Judge Sparks that would suggest that anti-black bias influenced this particular police officer's reactions. Thus, although it may be incontrovertible that there is a history of racial tension between police officers and visible minorities, there was no evidence to link that generalization to the actions of Constable Stienburg. The reference to the fact that police officers may overreact in dealing with non-white groups may therefore be perfectly supportable, but it is nonetheless unfortunate in the circum-

arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, particulièrement lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs. Cela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect. Je crois que nous sommes vraisemblablement en présence dans cette affaire-ci d'un jeune policier qui a réagi de façon excessive. J'accepte le témoignage de [R.D.S.] selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté. Cela semble conforme à l'attitude courante du jour.

La remarque selon laquelle on sait que des policiers ont trompé la cour ou ont réagi de façon excessive dans le passé n'est pas en soi critiquable. Les policiers sont sujets à toutes les faiblesses de la nature humaine qui déterminent les actions de chacun. Toutefois, ce qui inquiète davantage c'est le passage où le juge dit qu'il arrive effectivement que des policiers réagissent avec excès, lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs.

L'histoire du racisme anti-noir en Nouvelle-Écosse a été documentée récemment par la *Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils* (1989), qui a conclu à la possibilité réaliste que les actions des policiers dans leurs relations avec les minorités visibles soient empreintes à la fois de préjugés et de discrimination. Je ne me propose pas d'examiner et de commenter la longue liste des ouvrages sociologiques cités par les parties. Elle n'a pas été versée en preuve au procès. Vu les circonstances, qu'il suffise de dire qu'elle dénote la présence de tension raciale, du moins dans une certaine mesure, entre les policiers et les minorités visibles. Par surcroît, les policiers ont peut-être parfois fait preuve de racisme en arrêtant des jeunes hommes de race noire.

Toutefois, aucun élément de preuve soumis au juge Sparks ne semble indiquer que des préjugés anti-noir aient influencé les réactions du policier en cause. Ainsi, bien qu'il soit peut-être incontestable qu'historiquement, une tension raciale a pu être observée dans les rapports entre les policiers et les minorités visibles, aucun élément de preuve ne permet d'établir un lien entre cette généralisation et les actes de l'agent Stienburg. Il peut donc être parfaitement défendable de faire mention du fait que les policiers réagissent peut-être avec excès

stances of this case because of its potential to associate Judge Sparks' findings with the generalization, rather than the specific evidence. This effect is reinforced by the statement "[t]hat to me indicates a state of mind right there that is questionable" which immediately follows her observation.

There is a further troubling comment. After accepting R.D.S.'s evidence that he was told to shut up, Judge Sparks added that "[i]t seems to be in keeping with the prevalent attitude of the day". Again, this comment may create a perception that the findings of credibility have been made on the basis of generalizations, rather than the conduct of the particular police officer. Indeed these comments standing alone come very close to indicating that Judge Sparks predetermined the issue of credibility of Constable Stienburg on the basis of her general perception of racist police attitudes, rather than on the basis of his demeanour and the substance of his testimony.

The remarks are worrisome and come very close to the line. Yet, however troubling these comments are when read individually, it is vital to note that the comments were not made in isolation. It is necessary to read all of the comments in the context of the whole proceeding, with an awareness of all the circumstances that a reasonable observer would be deemed to know.

The reasonable and informed observer at the trial would be aware that the Crown had made the submission to Judge Sparks that "there's absolutely no reason to attack the credibility of the officer". She had already made a finding that she preferred the evidence of R.D.S. to that of Constable Stienburg. She gave reasons for these findings that could appropriately be made based on the evidence adduced. A reasonable and informed person hearing her subsequent remarks would conclude that she was exploring the possible reasons why Constable Stienburg had a different perception of events than R.D.S. Specifically, she was rebutting the unfounded suggestion of the Crown that a

lorsqu'ils ont affaire à des groupes non blancs, mais cette remarque est néanmoins malheureuse, au vu des circonstances de l'espèce, car elle risque d'associer les conclusions du juge Sparks à la généralisation plutôt qu'à la preuve produite. Cet effet est renforcé par les propos suivants: «[c]ela me semble dénoter en soi un état d'esprit suspect», qui suivent immédiatement le commentaire.

Une autre remarque inspire de l'inquiétude. Après avoir accepté le témoignage de R.D.S. selon lequel on lui a intimé de se taire, le juge Sparks a ajouté: «[c]ela semble conforme à l'attitude courante du jour.» Encore une fois, ce commentaire peut créer l'impression que ses conclusions sur la crédibilité ont été tirées sur la foi de généralisations, plutôt qu'à partir de la conduite du policier en cause. En effet, prise isolément, cette remarque semble presque indiquer que le juge Sparks a tranché d'avance la question de la crédibilité de l'agent Stienburg en se basant sur la façon dont elle perçoit en général les attitudes racistes des policiers, plutôt qu'en se fondant sur le comportement et le contenu du témoignage de ce dernier.

Ces remarques inspirent de l'inquiétude et frôlent la limite. Néanmoins, quelque inquiétantes que soient ces remarques, prises isolément, il est essentiel de noter qu'elles s'inscrivent dans un contexte. Il est indispensable de lire toutes les remarques en tenant compte du contexte de l'ensemble de la procédure et en étant conscient de toutes les circonstances que l'observateur raisonnable est censé connaître.

L'observateur raisonnable et renseigné, assistant au procès, saurait que le ministère public a fait valoir au juge Sparks qu'[TRADUCTION] «il n'y a absolument aucune raison d'attaquer la crédibilité du policier». Celle-ci avait déjà indiqué qu'elle préférerait le témoignage de R.D.S. à celui de l'agent Stienburg. Les motifs qu'elle a donnés pour étayer cette conclusion étaient justifiés par la preuve. Une personne raisonnable et renseignée, entendant les remarques qu'elle a faites ensuite, conclurait qu'elle explorait les raisons possibles pour lesquelles l'agent Stienburg n'avait pas perçu les événements de la même façon que R.D.S. Plus précisément, elle s'employait à réfuter l'argument,

151

152

153

police officer by virtue of his occupation should be more readily believed than the accused. Although her remarks were inappropriate they did not give rise to a reasonable apprehension of bias.

dénué de fondement, qui a été avancé par le ministre public et selon lequel il convenait de croire plus volontiers le policier, en raison de la fonction qu'il remplit, que l'accusé. Pour inappropriées que soient ses remarques, elles ne suscitaient pas de crainte raisonnable de partialité.

154 A reasonable and informed person observing the entire trial and hearing the reasons would be aware that Judge Sparks did not conclude that Constable Stienburg misled the court or overreacted on the basis of the racial dynamics of the situation. This is clear from her observation "I am not saying that the Constable has misled the court" and "I am not saying that the officer overreacted". Although she went on to suggest that she believed he probably did overreact, she did not say that he did so because he was discriminating against R.D.S. on the basis of race. She links her findings that Constable Stienburg overreacted to the statement made to R.D.S.: "Shut up, shut up, or you'll be under arrest too".

Une personne raisonnable et renseignée, observant l'ensemble du procès et entendant les motifs du juge Sparks, se rendrait compte que celle-ci n'a pas conclu que l'agent Stienburg avait trompé la cour ou agi de manière excessive, en se basant sur la dynamique raciale en jeu. Cela se dégage à l'évidence de ses observations: [TRADUCTION] «Je ne dis pas que l'agent a trompé la Cour» et «Je ne dis pas que le policier a réagi de façon excessive». Quoiqu'elle ait dit également croire qu'il avait vraisemblablement réagi de façon excessive, elle n'a pas dit que c'était par discrimination raciale à l'endroit de R.D.S. Elle a relié la conclusion que le policier avait réagi de façon excessive à la déclaration de R.D.S. voulant que le policier lui ait dit: [TRADUCTION] «Tais-toi, tais-toi ou tu vas être arrêté toi aussi».

155 Judge Sparks suggested that Constable Stienburg overreacted on some basis. Although she noted that he was young, she was careful not to make a final determination as to the reason for his overreaction. In fact, it was not necessary for her to resolve the question as to why the officer might have overreacted. The reasonable and informed observer would know that the Crown at all times bore the onus of proving the offence beyond a reasonable doubt. It was obvious that Judge Sparks had a reasonable doubt on the evidence. As long as she had a reasonable doubt regarding the veracity of the officer's testimony, R.D.S. was entitled to an acquittal. Judge Sparks' remarks could reasonably be taken as demonstrating her recognition that the Crown was required to prove its case, and that it was not entitled to use presumptions of credibility to satisfy its obligation.

Le juge Sparks a indiqué que, pour une raison quelconque, l'agent Stienburg avait réagi de façon excessive. Elle a certes souligné qu'il était jeune, mais a pris bien soin de ne pas se prononcer de manière définitive sur la raison de sa réaction excessive. En fait, elle n'avait pas à statuer sur cette raison. L'observateur raisonnable et renseigné saurait que le ministre public avait, du début jusqu'à la fin de la procédure, la charge de prouver l'infraction hors de tout doute raisonnable. De toute évidence, la preuve a soulevé un doute dans l'esprit du juge Sparks. Dans la mesure où elle avait un doute raisonnable quant à la véracité du témoignage du policier, R.D.S. avait droit à l'acquiescement. Les remarques du juge Sparks pouvaient raisonnablement être interprétées comme une reconnaissance de l'obligation incombant au ministre public de prouver l'infraction, et de l'interdiction concomitante de recourir à des présomptions de crédibilité pour s'en acquitter.

156 Judge Sparks accepted the evidence of R.D.S. that he was told to shut up or he would be under arrest because that was the "prevalent attitude of

Le juge Sparks a accepté le témoignage de R.D.S. selon lequel on lui a intimé de se taire, sous peine d'être arrêté, parce que cela semblait con-

the day”. This comment is particularly unfortunate because of its potential to associate her findings of credibility with generalizations. However, it is ambiguous. It is not clear whether it refers to a prevalent attitude of anti-black racism, or the attitude that prevailed on the day in question. I accept that it refers to the specific day of the incident.

Finally, she concluded that “[a]t any rate”, on the basis of her comments and all the evidence in the case, she was obliged to acquit. A reasonable, informed person reading the concluding statement would perceive that she has reached her determination that R.D.S. should be acquitted on the basis of all the evidence presented. The perception that her impugned remarks were made in response to the Crown’s suggestion that she should automatically believe the police officer is reinforced by her use of the words “[a]t any rate”.

A high standard must be met before a finding of reasonable apprehension of bias can be made. Troubling as Judge Sparks’ remarks may be, the Crown has not satisfied its onus to provide the cogent evidence needed to impugn the impartiality of Judge Sparks. Although her comments, viewed in isolation, were unfortunate and unnecessary, a reasonable, informed person, aware of all the circumstances, would not conclude that they gave rise to a reasonable apprehension of bias. Her remarks, viewed in their context, do not give rise to a perception that she prejudged the issue of credibility on the basis of generalizations, and they do not taint her earlier findings of credibility.

Both Glube C.J.S.C. and the majority of the Court of Appeal correctly articulated the test to be applied when a reasonable apprehension of bias is alleged. However, in applying the test to the facts and circumstances of this case they failed to consider the impugned comments in context and to take into account the high threshold that must be

forme à «l’attitude courante du jour». Cette remarque est particulièrement malheureuse à cause du risque que les conclusions du juge sur la crédibilité ne soient associées à des généralisations. Elle est cependant ambiguë. On n’est pas certain qu’elle y parle de l’attitude courante que représente le racisme anti-noir ou de l’attitude courante le jour en question. Je suis d’avis qu’elle parlait du jour précis où l’incident s’est produit.

Finalement, elle est arrivée à la conclusion que [TRADUCTION] «[q]uoi qu’il en soit», vu ses remarques et l’ensemble de la preuve soumise à la cour, elle n’avait d’autre choix que de prononcer l’acquittement. Une personne raisonnable et renseignée, lisant les dernières remarques du juge, s’apercevrait qu’elle a tiré sa conclusion selon laquelle il convenait d’acquitter R.D.S. sur la foi de l’ensemble de la preuve. L’emploi des mots «[q]uoi qu’il en soit» renforce l’impression que ses remarques contestées ont été faites en réponse à l’argument du ministère public voulant qu’elle doive automatiquement croire le policier.

Toute conclusion quant à une crainte raisonnable de partialité doit satisfaire à une norme rigoureuse. Quelques inquiétantes que puissent être les remarques du juge Sparks, le ministère public ne s’est pas acquitté de la charge de présenter les preuves convaincantes nécessaires pour mettre en doute son impartialité. Bien que ses commentaires, pris isolément, aient été malheureux et inutiles, une personne raisonnable et renseignée, au courant de l’ensemble des circonstances, ne conclurait pas qu’ils suscitent une crainte raisonnable de partialité. Ses remarques, interprétées selon le contexte, ne créent pas l’impression qu’elle a tranché d’avance la question de la crédibilité, en se basant sur des généralisations, et elles n’entachent pas ses conclusions antérieures sur la crédibilité.

Le juge en chef Glube et les juges majoritaires de la Cour d’appel ont énoncé correctement le critère selon lequel il faut apprécier toute allégation de crainte raisonnable de partialité. Toutefois, en appliquant ce critère aux faits et aux circonstances de l’espèce, ils n’ont pas tenu compte du contexte des remarques contestées et n’ont pas pris en con-

157

158

159

met in order to find that a reasonable apprehension of bias has been established.

V. Conclusion

160

In the result the judgments of the Court of Appeal and of Glube C.J.S.C. are set aside and the decision of Judge Sparks dismissing the charges against R.D.S. is restored. I must add that since writing these reasons I have had the opportunity of reading those of Major J. It is readily apparent that we are in agreement as to the nature of bias and the test to be applied in order to determine whether the words or actions of a trial judge raise a reasonable apprehension of bias. The differences in our reasons lies in the application of the principles and test we both rely upon to the words of the trial judge in this case. The principles and the test we have both put forward and relied upon are different from and incompatible with those set out by Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin.

Appeal allowed, LAMER C.J. and SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the National Organization of Immigrant and Visible Minority Women of Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitor for the interveners the African Canadian Legal Clinic, the Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia and the Congress of Black Women of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

sidération la norme rigoureuse à laquelle il faut satisfaire pour conclure à la crainte raisonnable de partialité.

V. Conclusion

En conséquence, les jugements de la Cour d'appel et du juge en chef Glube sont annulés et la décision du juge Sparks rejetant les accusations portées contre R.D.S. est rétablie. Je dois ajouter que depuis la rédaction des présents motifs, j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de ceux du juge Major. À l'évidence, nous sommes d'accord sur la nature de la partialité et sur le critère à appliquer pour déterminer si les paroles ou les actes du juge du procès suscitent une crainte raisonnable de partialité. Nos divergences tiennent à l'application en l'espèce des principes et du critère que nous invoquons tous les deux lesquels sont différents de ceux qui ont été énoncés par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et ne sont pas conciliables avec ces derniers.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Dalhousie Legal Aid Service, Halifax.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Organisation nationale des femmes immigrantes et des femmes appartenant à une minorité visible au Canada: Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureur des intervenants l'African Canadian Legal Clinic, l'Afro-Canadian Caucus of Nova Scotia et le Congrès des femmes noires du Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Peter Haberman *Appellant*

v.

Mauricio Peixeiro and Fernanda Peixeiro *Respondents*

INDEXED AS: PEIXEIRO v. HABERMAN

File No.: 24981.

Hearing and judgment: March 13, 1997.

Reasons delivered: September 26, 1997.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Motor vehicles — Torts — Discoverability — Plaintiffs commencing action against defendant more than three years after motor vehicle accident — Whether discoverability principle applies to postpone commencement of two-year limitation period — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1) — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 266(1).

Following a two-car accident in October 1990 in which the appellant and the respondent MP were the drivers, MP consulted his family doctor and was told that he had suffered soft tissue injuries in the form of a severe contusion to the right side of his back. X-rays were taken but disclosed nothing unusual. In January 1992, MP was involved in a second accident. His resultant injuries were again diagnosed as being soft tissue in nature. In June 1993, a CT scan was performed which revealed a disc protrusion in MP's spine. The respondents commenced an action against the appellant in July 1994 and a motion on a question of law was brought to determine whether the claim for the injuries of October 11, 1990 was statute-barred by s. 206(1) of the Ontario *Highway Traffic Act*, which provides for a limitation period of two years from the time "when the damages were sustained". The chambers judge held that the action was statute-barred. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Peter Haberman *Appellant*

c.

Mauricio Peixeiro et Fernanda Peixeiro *Intimés*

RÉPERTORIÉ: PEIXEIRO c. HABERMAN

Nº du greffe: 24981.

Audition et jugement: 13 mars 1997.

Motifs déposés: 26 septembre 1997.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Prescription — Véhicules automobiles — Responsabilité délictuelle — Possibilité de découvrir le dommage — Action des demandeurs contre le défendeur plus de trois ans après l'accident de la route — La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique-t-elle de façon à reporter le commencement du délai de prescription de deux ans? — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 206(1) — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 266(1).

À la suite d'un accident survenu en octobre 1990 entre deux automobiles, dont les conducteurs étaient l'appellant et l'intimé MP, ce dernier a consulté son médecin de famille, qui lui a indiqué qu'il avait subi des blessures des tissus mous sous forme d'une contusion grave sur le côté droit du dos. Les radiographies prises n'ont rien révélé d'anormal. En janvier 1992, MP a été victime d'une seconde collision. À nouveau, on a diagnostiqué des blessures des tissus mous. En juin 1993, une scanographie a révélé une protrusion d'un disque intervertébral de MP. Les intimés ont intenté une action contre l'appellant en juillet 1994 et une motion a été présentée afin de faire trancher un point de droit, c'est-à-dire la question de savoir si l'action intentée contre celui-ci pour les blessures résultant de l'accident du 11 octobre 1990 était prescrite par application du par. 206(1) du *Code de la route* de l'Ontario, qui établit un délai de prescription de deux ans à compter de la date «où les dommages ont été subis». Le juge des requêtes a statué que l'action était prescrite. La Cour d'appel a accueilli l'appel des intimés.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

While at common law ignorance of or mistake as to the extent of damages does not delay time under a limitation period, under Ontario's no-fault insurance scheme at the time of the accident the starting point is when the damages are known to comprise "permanent serious impairment" within the meaning of s. 266(1) of the *Insurance Act*. Section 266 effectively bars actions for recovery in tort unless a certain level of physical injury, permanent in nature and entailing serious impairment of an important bodily function, is met. The right of action referred to in s. 206(1) of the *Highway Traffic Act* must mean an action that is not excluded by s. 266(1) of the *Insurance Act*. This view is strengthened by s. 266(3), which allows for a pre-trial motion on the issue of the existence of a cause of action. Under s. 206(1) of the *Highway Traffic Act*, there is no cause of action until the injury meets the statutory exceptions to liability immunity. The discoverability principle applies to avoid the injustice of precluding an action before the person is able to sue. Time under s. 206(1) does not begin to run until it is reasonably discoverable that the injury meets the threshold of s. 266(1). While the respondents knew of some injury, they did not know prior to June 1993 that the damage MP sustained as a result of the first accident was a herniated disc, and it cannot be said that they ought to have discovered the serious nature of the damage earlier. As the action was started within two years of the time when they first learned that they had a cause of action, it is not statute-barred.

Cases Cited

Referred to: *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Bair-Muirhead v. Muirhead* (1994), 20 O.R. (3d) 744; *Grossi v. Bates* (1995), 21 O.R. (3d) 564; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Meyer v. Bright* (1993), 15 O.R. (3d) 129; *Buffa v. Gauvin* (1994), 18 O.R. (3d) 725; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Sparham-Souter v. Town & Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858; *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200.

Bien que, en common law, l'ignorance ou la méprise quant à l'importance du dommage ne retarde pas le point de départ du délai de prescription, dans le cadre du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité en vigueur en Ontario au moment de l'accident, le délai de prescription commence à courir à compter du moment où l'on sait que les dommages subis comportent une «déficience grave et permanente» au sens du par. 266(1) de la *Loi sur les assurances*. L'article 266 exclut effectivement les actions en dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle en l'absence d'une blessure d'ordre physique permanente causant une déficience grave d'une fonction corporelle importante. Le droit d'action envisagé au par. 206(1) du *Code de la route* doit viser les actions qui ne sont pas exclues par le par. 266(1) de la *Loi sur les assurances*. Cette opinion est renforcée par le par. 266(3), qui permet la présentation, avant le procès, d'une motion sur la question de l'existence d'une cause d'action. En vertu du par. 206(1) du *Code de la route*, il n'existe pas de cause d'action à moins que la blessure soit visée par l'une des exceptions à l'immunité contre la responsabilité civile qui sont prévues par la loi. La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique pour prévenir l'injustice qu'entraînerait le fait d'empêcher une personne d'intenter une action avant qu'elle ne soit en mesure de le faire. Le délai prévu au par. 206(1) ne commence à courir qu'à compter du moment où il est raisonnablement possible de découvrir que la blessure atteint le seuil d'application du par. 266(1). Même si les intimés savaient qu'une blessure avait été subie, ils ne savaient toutefois pas, avant juin 1993, que la blessure causée à MP par le premier accident était une hernie discale, et il est impossible d'affirmer qu'ils auraient dû découvrir plus tôt la gravité du dommage. Puisque leur action a été intentée dans les deux ans de la date où ils ont appris qu'ils disposaient d'une cause d'action, elle n'est pas prescrite.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Bair-Muirhead c. Muirhead* (1994), 20 O.R. (3d) 744; *Grossi c. Bates* (1995), 21 O.R. (3d) 564; *Cartledge c. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129; *Meyer c. Bright* (1993), 15 O.R. (3d) 129; *Buffa c. Gauvin* (1994), 18 O.R. (3d) 725; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Sparham-Souter c. Town & Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858; *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200.

Statutes and Regulations Cited

Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1), (3).
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 266.
Insurance Statute Law Amendment Act, 1990, S.O. 1990, c. 2 (Bill 68).
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 47.

Authors Cited

Klar, Lewis. "No Fault Insurance for Auto Accident Victims: A Background Paper", prepared for the Canadian Bar Association, Alberta Branch, Fault/No Fault Insurance Task Force, April 1991.
 O'Donnell, Allan. *Automobile Insurance in Ontario*. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 475, 85 O.A.C. 2, 42 C.P.C. (3d) 37, 16 M.V.R. (3d) 46, [1995] O.J. No. 2544(QL), allowing the respondents' appeal from a decision of Paisley J. of the Ontario Court (General Division) holding that the respondents' action against the appellant was statute-barred. Appeal dismissed.

T. H. Rachlin, Q.C., and *Alan L. Rachlin*, for the appellant.

Antonio F. Azevedo, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

This appeal arises from a motion brought by the respondents Peixeiro to determine whether their action against the appellant Haberman was statute-barred. The appeal was heard and dismissed on March 13, 1997.

The question raised was whether the discoverability principle applied to postpone the commencement of the two-year limitation period contained in s. 206(1) of the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8 ("*HTA*"). It stipulates that actions for "damages occasioned by a motor vehicle" must be com-

Lois et règlements cités

Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 206(1), (3).
Insurance Statute Law Amendment Act, 1990, L.O. 1990, ch. 2 (projet de loi 68).
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 47.
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 266.

Doctrine citée

Klar, Lewis. «No Fault Insurance for Auto Accident Victims: A Background Paper», prepared for the Canadian Bar Association, Alberta Branch, Fault/No Fault Insurance Task Force, April 1991.
 O'Donnell, Allan. *Automobile Insurance in Ontario*. Toronto: Butterworths, 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 475, 85 O.A.C. 2, 42 C.P.C. (3d) 37, 16 M.V.R. (3d) 46, [1995] O.J. No. 2544(QL), qui a accueilli l'appel des intimés contre la décision du juge Paisley de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui avait statué que leur action contre l'appellant était prescrite. Pourvoi rejeté.

T. H. Rachlin, c.r., et *Alan L. Rachlin*, pour l'appellant.

Antonio F. Azevedo, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi découle d'une requête dans laquelle les intimés Peixeiro demandaient si leur action contre l'appellant Haberman était prescrite. Le pourvoi a été entendu et rejeté le 13 mars 1997.

Il s'agissait de déterminer si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s'appliquait pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu au par. 206(1) du *Code de la route*, L.R.O. 1990, ch. H.8, aux termes duquel l'action en dommages-intérêts pour des «dommages occasionnés

menced within two years of the time when the “damages were sustained”. The respondents commenced their action against the appellant three years and nine months after the motor vehicle accident. In that action they claimed that Mr. Peixeiro’s injuries met the requirement of the exception to the general liability immunity afforded to persons involved in a motor vehicle accident by s. 266(1) of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8. This liability immunity is a key feature of the statutory no-fault automobile accident compensation scheme. It operates to effectively bar causes of action in tort in all but a few cases. The resolution of the issue in this appeal requires a consideration of the liability immunity and the no-fault scheme before consideration of the applicability of the discoverability principle.

II. Statement of Facts

³ The application before the motions judge proceeded on agreed facts. A two-car accident occurred on October 11, 1990 at the intersection of Ossington Avenue and Harbord Street in the City of Toronto. The appellant Haberman and the respondent Mauricio Peixeiro were the drivers. Liability in the accident is disputed but it is agreed that Mr. Peixeiro knew he was injured.

⁴ Mr. Peixeiro consulted his family doctor and was told that he had suffered soft tissue injuries in the form of a severe contusion to the right side of his back. He was also referred to a specialist who recommended a course of physiotherapy. X-rays were taken at that time but disclosed nothing unusual. He was unable to work as a general contractor, from the date of the accident to November 1991, a period of over 13 months.

⁵ On January 7, 1992, Mr. Peixeiro was involved in a second two-car accident. Mr. Jose Silva was the other driver in this second accident.

par un véhicule automobile» se prescrit par deux ans à compter de la date où les «dommages ont été subis». Les intimés ont intenté leur action contre l’appelant trois ans et neuf mois après l’accident de la route. Dans cette action, ils faisaient valoir que les blessures subies par M. Peixeiro remplissaient les conditions d’application de l’exception à l’immunité générale établie par le par. 266(1) de la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8. Cette immunité est un des aspects clés du régime législatif d’indemnisation sans égard à la responsabilité établi en faveur des personnes qui ont un accident de la route. Elle a pour effet d’exclure, à quelques exceptions près, toute cause d’action en responsabilité délictuelle. Pour trancher la question en litige dans le présent pourvoi, il faut d’abord analyser cette immunité ainsi que le régime d’indemnisation sans égard à la responsabilité avant de se demander si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s’applique en l’espèce.

II. Les faits

La demande présentée au juge des requêtes reposait sur des faits admis de part et d’autre. Une collision entre deux voitures s’est produite, le 11 octobre 1990, à l’intersection de l’avenue Ossington et de la rue Harbord à Toronto. Les deux voitures étaient respectivement conduites par l’appelant Haberman et par Mauricio Peixeiro. La question de savoir qui est responsable de l’accident est contestée, mais il est admis que M. Peixeiro savait qu’il était blessé.

Monsieur Peixeiro a consulté son médecin de famille, qui lui a indiqué qu’il avait subi des blessures des tissus mous sous forme d’une contusion grave sur le côté droit du dos. On lui a également demandé de voir un spécialiste, qui lui a recommandé un traitement de physiothérapie. Les radiographies prises à cette époque n’ont rien révélé d’anormal. À compter de la date de l’accident jusqu’en novembre 1991, soit pendant plus de 13 mois, il a été incapable d’exercer ses activités d’entrepreneur général.

Le 7 janvier 1992, M. Peixeiro a été victime d’un autre accident de la route, la voiture dans laquelle il se trouvait étant entrée en collision avec

Mr. Peixeiro's resultant injuries were again diagnosed as being soft tissue in nature. Mr. Peixeiro was unable to work from the date of the second accident until May 1992. He ceased employment again in August 1992 and has not returned to work.

On January 15, 1993, Mr. Peixeiro consulted his family physician. As a result, a CT scan was performed in June 1993. The scan revealed a disc protrusion in the respondent's spine at L5-S1. At that time, Mr. Peixeiro was not a good candidate for surgery. However, on December 8 when he developed paresis on his right leg, he was admitted to emergency. He underwent a hemilaminectomy and a discectomy to remove the herniated disc on December 22, 1993.

On December 17, 1993, the respondents commenced an action against Mr. Silva. The respondents initially attempted to add the appellant as a defendant to the Silva action. By agreement, a separate action was commenced on July 27, 1994 against the appellant and a motion on a question of law was brought to determine whether the claim against him for the injuries of October 11, 1990 was statute-barred by s. 206(1) HTA.

On November 1, 1994, the chambers judge Paisley J. held that the respondents' action against Haberman was statute-barred.

The Court of Appeal for Ontario allowed the respondents' appeal on September 5, 1995: (1995), 25 O.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 475, 85 O.A.C. 2, 42 C.P.C. (3d) 37, 16 M.V.R. (3d) 46, [1995] O.J. No. 2544 (QL).

The parties agreed that the respondents first learned about a herniated disc in Mr. Peixeiro's back in June 1993.

une autre voiture conduite par M. Jose Silva. À nouveau, on a diagnostiqué chez M. Peixeiro des blessures des tissus mous. Ce dernier n'a pas été en mesure de travailler pendant la période allant de la date de ce second accident jusqu'en mai 1992. Il a de nouveau cessé de travailler en août 1992 et n'a pas repris le travail depuis.

Le 15 janvier 1993, M. Peixeiro a consulté son médecin de famille. Par suite de cette visite, il a subi, en juin 1993, une scanographie qui a révélé une protrusion du disque intervertébral au niveau L5-S1. À ce moment-là, une intervention chirurgicale n'était pas recommandée dans son cas. Toutefois, le 8 décembre suivant, il a souffert d'une parésie de la jambe droite et a été admis au service des urgences à l'hôpital. Le 22 décembre 1993, il a subi une hémilaminectomie et une discectomie pour l'ablation du disque hernié.

Le 17 décembre 1993, les intimés ont intenté une action contre M. Silva et ont tenté, initialement, de faire inclure M. Haberman à titre de défendeur à cette action. Du consentement des parties, une action distincte a été intentée contre l'appelant, le 27 juillet 1994, et une requête a été présentée afin de faire trancher un point de droit, à savoir si l'action intentée contre celui-ci pour les blessures résultant de l'accident du 11 octobre 1990 était prescrite par application du par. 206(1) du *Code de la route*.

Le 1^{er} novembre 1994, le juge des requêtes Paisley a conclu que l'action des intimés contre Haberman était prescrite.

Le 5 septembre 1995, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel formé par les requérants contre cette décision: (1995), 25 O.R. (3d) 1, 127 D.L.R. (4th) 475, 85 O.A.C. 2, 42 C.P.C. (3d) 37, 16 M.V.R. (3d) 46, [1995] O.J. No. 2544 (QL).

Les parties conviennent que les intimés ont appris en juin 1993 que M. Peixeiro souffrait d'une hernie discale.

6

7

8

9

10

III. Relevant Statutory Provisions

11 *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1)

206.—(1) Subject to subsections (2) and (3), no proceeding shall be brought against a person for the recovery of damages occasioned by a motor vehicle after the expiration of two years from the time when the damages were sustained.

Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 266

266.—(1) In respect of loss or damage arising directly or indirectly from the use or operation, after the 21st day of June, 1990, of an automobile and despite any other Act, none of the owner of an automobile, the occupants of an automobile or any person present at the incident are liable in an action in Ontario for loss or damage from bodily injury arising from such use or operation in Canada, the United States of America or any other jurisdiction designated in the *No-Fault Benefits Schedule* involving the automobile unless, as a result of such use or operation, the injured person has died or has sustained,

- (a) permanent serious disfigurement; or
- (b) permanent serious impairment of an important bodily function caused by continuing injury which is physical in nature.

(2) Subsection (1) does not relieve any person from liability other than the owner of the automobile, occupants of the automobile and persons present at the incident.

(3) In an action for loss or damage from bodily injury arising directly or indirectly from the use or operation of an automobile, a judge shall, on motion made before or at trial, determine if the injured person has, as a result of the accident, died or has sustained,

- (a) permanent serious disfigurement; or
- (b) permanent serious impairment of an important bodily function caused by continuing injury which is physical in nature.

(4) Even though a defence motion under subsection (3) is denied, the defendant may, at trial, in the absence

III. Les dispositions législatives pertinentes

Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, par. 206(1)

206 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), nulle poursuite en dommages-intérêts ne peut être intentée contre une personne pour des dommages occasionnés par un véhicule automobile après l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la date où les dommages ont été subis.

Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 266

266 (1) À l'égard de pertes ou de dommages découlant directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite d'une automobile après le 21 juin 1990 et malgré toute autre loi, le propriétaire d'une automobile, les personnes transportées dans une automobile ou les personnes présentes à l'incident ne sont pas tenus responsables dans une action intentée en Ontario pour pertes ou dommages résultant d'une lésion corporelle qui découle de l'usage ou de la conduite de l'automobile au Canada, aux États-Unis d'Amérique ou dans un autre ressort désigné dans l'*Annexe sur les indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité*, à moins que, par suite d'un tel usage ou d'une telle conduite, la personne blessée ne soit morte ou n'ait subi, selon le cas:

- a) un préjudice esthétique grave et permanent;
- b) une déficience grave et permanente d'une fonction corporelle importante causée par une blessure permanente qui est d'ordre physique.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de dégager de la responsabilité des personnes autres que le propriétaire de l'automobile, les personnes transportées dans l'automobile et les personnes présentes à l'incident.

(3) Dans une action pour pertes et dommages résultant d'une lésion corporelle qui découle directement ou indirectement de l'usage ou de la conduite d'une automobile, un juge décide, sur motion présentée avant ou pendant le procès, si, par suite de l'accident, la personne blessée est morte ou a subi, selon le cas:

- a) un préjudice esthétique grave et permanent;
- b) une déficience grave et permanente d'une fonction corporelle importante causée par une blessure permanente qui est d'ordre physique.

(4) Même si une motion visée au paragraphe (3), présentée par la défense, est rejetée, le défendeur peut, au

of the jury, and following the hearing of evidence, raise the defence provided in subsection (1).

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)*

The motions judge held that it was not open to the court to apply the discoverability principle and postpone the running of time in relation to s. 206(1) *HTA*, since that limitation period applies in all cases from the moment the physical injury is sustained. He distinguished *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069, on the basis the respondent here was not under a legal disability. The motions judge held that the respondents' action was statute-barred as it was brought more than two years after the date of the accident. A similar conclusion was reached in *Bair-Muirhead v. Muirhead* (1994), 20 O.R. (3d) 744 (Gen. Div.).

B. *Court of Appeal for Ontario* (1995), 25 O.R. (3d) 1

The Court of Appeal reversed the trial judge on the issue of the applicability of the discoverability principle to s. 206(1) *HTA*. Carthy J.A. held that the discoverability rule was not limited to narrow classes of actions but was a general rule. He assumed, as we do, for the purposes of the motion that the respondent Mr. Peixeiro had been reasonably diligent but incapable of identifying the cause of action. The Court of Appeal held that the balance between greater uncertainty, an increased burden of investigation and the continuance of potential claims against defendants remained "in favour of the discoverability rule" (p. 7).

The Court of Appeal stated that if the victim does not know that the injury meets the requirement of s. 266(1), then he or she is not capable of identifying the cause of action. It is no answer to say that the plaintiff could protect his or her posi-

procès, lorsque le jury n'est pas présent, et à la suite de l'audition des témoignages, invoquer la défense prévue au paragraphe (1).

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Le juge des requêtes a statué que la cour ne pouvait pas appliquer la règle de la possibilité de découvrir le dommage pour reporter le point de départ du délai de prescription prévu au par. 206(1) du *Code de la route*, puisque, dans tous les cas, ce délai commence à courir à compter du moment où la blessure est subie. Le juge a fait une distinction entre le cas qui nous intéresse et l'affaire *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069, en invoquant le fait que, en l'espèce, l'intimé n'était pas atteint d'une incapacité légale. Le juge des requêtes a conclu que l'action des intimés était prescrite puisqu'elle avait été intentée plus de deux ans après la date de l'accident. La même conclusion avait été tirée dans *Bair-Muirhead c. Muirhead* (1994), 20 O.R. (3d) 744 (Div. gén.).

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 25 O.R. (3d) 1

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge des requêtes sur la question de l'applicabilité de la règle de la possibilité de découvrir le dommage au par. 206(1) du *Code de la route*. Le juge Carthy a statué que cette règle était d'application générale et n'était pas limitée à certaines catégories restreintes d'actions. Pour les fins de la requête, il a présumé, comme nous le faisons, que M. Peixeiro avait été raisonnablement diligent mais néanmoins incapable de découvrir la cause d'action. La Cour d'appel a jugé que, tout compte fait, malgré l'incertitude accrue, la charge d'investigation plus lourde et le maintien des actions potentielles contre les défendeurs, on doit pencher [TRADUCTION] «en faveur de l'application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage» (p. 7).

La Cour d'appel a déclaré que, si la victime ne sait pas que sa blessure satisfait aux conditions du par. 266(1), elle n'est alors pas en mesure de reconnaître l'existence de la cause d'action. Il ne suffit pas de répondre que le demandeur pouvait

12

13

14

tion by starting an action notwithstanding the fact that there was no evidence of an injury that met the threshold in s. 266(1) of the *Insurance Act*. This procedure was obviated by s. 266(3), which provided for a pre-trial motion by the defence to strike the plaintiff's claims. See *Grossi v. Bates* (1995), 21 O.R. (3d) 564 (Div. Ct.).

V. Issues

- 15 There is one issue in this appeal. The question is whether the discoverability rule applies to the limitation period in s. 206(1) *HTA*. Included in a consideration of this question are issues related to the implementation of the province of Ontario's no-fault insurance scheme and rationales behind limitation periods such as s. 206(1) *HTA* as it existed in 1990.

VI. Analysis

- 16 It was conceded by the respondents that Mr. Peixeiro suffered a back injury and was aware of it immediately after the first accident. It was of sufficient severity that he remained off work for a period of 13 months. After the second accident of January 1992, he only worked three months, between May 1992 and August 1992, and has not worked since.
- 17 While the respondents knew of some injury, they did not know within the limitation period that the damage Mr. Peixeiro sustained as a result of the first accident was a herniated disc. They did not know that it met the threshold for an action under s. 266(1) of the *Insurance Act*. He did not sue because he thought that his injuries were not serious enough to qualify for compensation in tort.

protéger ses droits en intentant une action malgré le fait qu'il n'y avait aucune preuve de l'existence d'une blessure satisfaisant aux conditions du par. 266(1) de la *Loi sur les assurances*. Pareille procédure était exclue par le par. 266(3) qui permet à la défense de présenter, avant le procès, une motion demandant la radiation des réclamations du demandeur. Voir *Grossi c. Bates* (1995), 21 O.R. (3d) 564 (C. div.).

V. Les questions en litige

Il y a une seule question en litige dans le présent pourvoi, celle de savoir si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique au délai de prescription prévu au par. 206(1) du *Code de la route*. L'examen de cette question demande qu'on se penche sur certaines autres questions relatives à l'application du régime ontarien d'indemnisation sans égard à la responsabilité et sur les raisons d'être des délais de prescription tel celui prévu par le texte du par. 206(1) du *Code de la route* en vigueur en 1990.

VI. L'analyse

Les intimés ont concédé que M. Peixeiro a subi une blessure au dos et qu'il s'en est immédiatement aperçu après le premier accident. Cette blessure était grave au point qu'il n'a pas travaillé pendant une période de 13 mois. Après le second accident, survenu en janvier 1992, il n'a travaillé que trois mois, pendant la période de mai à août 1992, et il n'a pas travaillé depuis.

Même si les intimés savaient qu'une blessure avait été subie, ils ne savaient toutefois pas, durant le délai de prescription, que la blessure causée à M. Peixeiro par le premier accident était une hernie discale. Ils ne savaient pas que cette blessure satisfaisait aux conditions fixées par le par. 266(1) de la *Loi sur les assurances* pour intentier une action en justice. Monsieur Peixeiro n'a pas poursuivi en justice parce qu'il croyait que sa blessure n'était pas suffisamment grave pour lui donner droit à une indemnité fondée sur la responsabilité délictuelle.

It was conceded that at common law ignorance of or mistake as to the extent of damages does not delay time under a limitation period. The authorities are clear that the exact extent of the loss of the plaintiff need not be known for the cause of action to accrue. Once the plaintiff knows that some damage has occurred and has identified the tortfeasor (see *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758 (H.L.), at p. 772 *per* Lord Reid, and *July v. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.)), the cause of action has accrued. Neither the extent of damage nor the type of damage need be known. To hold otherwise would inject too much uncertainty into cases where the full scope of the damages may not be ascertained for an extended time beyond the general limitation period.

However, it was submitted that because of Ontario's no-fault insurance scheme at the time of the accident, the starting point of the running of time is when the damages are known to comprise "permanent serious impairment" within the meaning of s. 266 of the *Insurance Act*. The argument was that the intervention of the liability immunity, one of the mandatory features of Ontario's no-fault system, alters the time of accrual of the cause of action until the material fact of sufficient injury is reasonably discoverable.

A. *The No-Fault Scheme in Ontario*

Tort law provides fault-based compensation for car accidents. Fault as the basis of liability is grounded on the fundamental proposition that a person who is injured due to the fault of another person has the right to compensation from the wrongdoer. Tort law is based on individual responsibility.

Il a été admis que, en common law, l'ignorance ou la méprise quant à l'importance du dommage ne retarde pas le point de départ du délai de prescription. Il ressort clairement de la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire que l'ampleur exacte de la perte subie par le demandeur soit connue pour donner naissance à la cause d'action. Une fois que celui-ci sait qu'il a subi un préjudice et qui en est l'auteur (voir *Cartledge c. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758 (H.L.), à la p. 772, lord Reid, et *July c. Neal* (1986), 57 O.R. (2d) 129 (C.A.)), la cause d'action a pris naissance. Il n'est pas nécessaire de connaître la nature du préjudice ni son étendue. Conclure autrement aurait pour effet d'introduire trop d'incertitude dans les affaires où toute l'étendue du préjudice ne peut être déterminée que longtemps après l'expiration du délai de prescription.

Cependant, on a prétendu que, en raison du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité en vigueur en Ontario au moment de l'accident, le délai de prescription commence à courir à compter du moment où l'on sait que le préjudice subi comporte une «déficience grave et permanente» au sens de l'art. 266 de la *Loi sur les assurances*. Cette prétention était fondée sur l'argument que la disposition d'exonération de responsabilité, qui est l'un des éléments impératifs du régime ontarien d'assurance sans égard à la responsabilité, fait en sorte que la cause d'action ne prend naissance qu'au moment où le fait substantiel que constitue l'existence d'un dommage suffisant peut raisonnablement être découvert.

A. *Le régime ontarien d'indemnisation sans égard à la responsabilité*

Selon les règles du droit de la responsabilité délictuelle, le droit à une indemnité en cas d'accident de la route repose sur l'existence d'une faute. Le principe de la faute comme source de responsabilité repose sur la proposition fondamentale que la personne qui subit un préjudice par suite de la faute d'autrui a le droit d'être indemnisée par l'auteur de cette faute. Le fondement du droit de la responsabilité délictuelle est la responsabilité individuelle.

18

19

20

21 As the number and severity of car accidents and injuries increased, liability insurance became commonplace and the compensation of victims became the main focus of tort law.

22 Guaranteed compensation of the victim is one of the goals of a no-fault system. One of the hallmarks of a no-fault system is the limitation or abolition of liability based on fault, i.e. tort liability. No-fault systems are a reflection of the conscience of the community. Professor Lewis Klar, in "No Fault Insurance for Auto Accident Victims: A Background Paper" prepared for the Canadian Bar Association, Alberta Branch, Fault/No Fault Insurance Task Force (1991) stated, at p. 11, that the goals of fault-based accident compensation and no-fault are fundamentally different:

First, and foremost, it must always be remembered that the two types of compensation schemes attempt to achieve different goals. The full compensation, justice, accident deterrence, safety and education goals of tort are not the aims of no fault insurance. No fault insurance is predicated upon the desire to provide accident benefits to all victims, regardless of fault, efficiently and expeditiously. It does not seek to provide full compensation, to deal with the effects of wrongdoing, or to deter accidents. If these goals are to be accomplished, they must be accomplished outside of the no fault insurance scheme, through criminal laws, traffic regulations, and so forth.

23 The no-fault scheme in place at the time of the respondent's accident was the Ontario Motorist Protection Plan (OMPP) inaugurated on June 22, 1990 with the proclamation of the *Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, S.O. 1990, c. 2 (Bill 68).

Avec l'accroissement du nombre et de la gravité des accidents de la route et des blessures en découlant, l'assurance-responsabilité s'est répandue et l'indemnisation des victimes est devenue l'objet principal du droit de la responsabilité délictuelle.

Le fait de garantir l'indemnisation des victimes est l'un des buts du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité. L'un des traits marquants de ce régime est la limitation ou l'élimination de la responsabilité fondée sur la faute, c'est-à-dire la responsabilité délictuelle. Ces régimes d'indemnisation sont une manifestation de la conscience de la collectivité. Dans l'étude intitulée «No Fault Insurance for Auto Accident Victims: A Background Paper», qu'il a effectuée pour le groupe de travail de la section albertaine de l'Association du Barreau canadien sur les ramifications de l'assurance sans égard à la responsabilité (1991), le professeur Lewis Klar a affirmé, à la p. 11, que les objectifs du régime d'indemnisation fondée sur la faute et ceux des régimes d'indemnisation sans égard à la responsabilité sont fondamentalement différents:

[TRADUCTION] D'abord et avant tout, il ne faut jamais perdre de vue que les deux régimes d'indemnisation visent des objectifs différents. Les objectifs de réparation intégrale, de justice, de prévention des accidents, de sécurité et d'éducation que visent les règles de la responsabilité délictuelle ne sont pas ceux de l'assurance sans égard à la responsabilité. Celle-ci découle de la volonté d'indemniser, de façon efficace et expéditive, toutes les victimes d'accident, indépendamment de leur responsabilité. Elle ne vise pas à accorder une réparation intégrale, à corriger les effets des agissements fautifs ou encore à prévenir les accidents. Si ces objectifs doivent être réalisés, ils doivent l'être en dehors du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité, au moyen des lois pénales, de la réglementation de la circulation et des autres mesures du genre.

Le régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité qui existait à la date de l'accident de l'intimé était le Régime de protection des automobilistes de l'Ontario (RPAO), introduit le 22 juin 1990 par la proclamation de l'entrée en vigueur de la *Insurance Statute Law Amendment Act, 1990*, L.O. 1990, ch. 2 (projet de loi 68).

No-fault benefits were available as an alternative prior to June 22, 1990, to cover medical and rehabilitation expenses, loss of income payments, funeral expenses and death benefits. No-fault became mandatory and its complement of benefits more extensive with Bill 68. More significantly, for the purposes of this appeal, Bill 68 introduced a restriction on the right to sue in tort.

The Ontario Court of Appeal had the following to say with respect to the legislative intent behind s. 266 of the *Insurance Act* in *Meyer v. Bright* (1993), 15 O.R. (3d) 129, at p. 134:

In our view, the Ontario legislature enacted s. 266 and other related amendments to the Act for the purpose of significantly limiting the right of the victim of a motor vehicle accident to maintain a tort action against the tortfeasor. The scheme of compensation provides for an exchange of rights wherein the accident victim loses the right to sue unless coming within the statutory exemptions, but receives more generous first-party benefits, regardless of fault, from his or her own insurer. The legislation appears designed to control the cost of automobile insurance premiums to the consumer by eliminating some tort claims. At the same time, the legislation provides for enhanced benefits for income loss and medical and rehabilitation expenses to be paid to the accident victim regardless of fault.

Since 1990, the prohibition on suing unless the party qualifies under one of the exceptions has identified the Ontario plan as a "threshold" no-fault system. See Allan O'Donnell, *Automobile Insurance in Ontario* (1991), at p. 202:

In effect, the Ontario Legislature imposed a social contract on its citizens whereby in consideration of all injured persons receiving an indemnity for most economic losses, regardless of fault, and in consideration for saving on automobile insurance premiums, the great bulk of those injured could not sue.

Avant le 22 juin 1990, il était possible, à titre de solution de rechange, d'obtenir des indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité pour les frais médicaux, les frais de réadaptation fonctionnelle, les pertes de revenu, les frais funéraires et les indemnités de décès. Le projet de loi 68 a rendu obligatoire l'indemnisation sans égard à la responsabilité et élargi la gamme des indemnités versées. Fait plus important encore dans le contexte du présent pourvoi, le projet de loi 68 a restreint le droit de prendre action en responsabilité délictuelle.

La Cour d'appel a dit ce qui suit, dans *Meyer c. Bright* (1993), 15 O.R. (3d) 129, à la p. 134, à propos de l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a édicté l'art. 266 de la *Loi sur les assurances*:

[TRADUCTION] À notre avis, le législateur ontarien a édicté l'art. 266 et apporté d'autres modifications connexes à la Loi dans le but de limiter considérablement le droit des victimes d'accidents de la circulation de poursuivre en responsabilité délictuelle les personnes fautives. Le régime d'indemnisation opère un échange de droits: la victime perd son droit de prendre action en justice à moins que son cas ne soit visé par les exceptions prévues par la loi, mais elle reçoit des indemnités plus généreuses de son assureur, indépendamment de la responsabilité. La législation vise à prévenir la hausse des primes d'assurance-automobile en éliminant certaines actions en responsabilité délictuelle. Dans le même temps, elle accorde, indépendamment de la responsabilité, des indemnités accrues aux victimes d'accident au titre des pertes de revenus, des frais médicaux et des frais de réadaptation.

Depuis 1990, l'interdiction qui est faite aux victimes de prendre action en justice, sauf si elles sont admises à le faire au titre d'une des exceptions prévues, a fait du régime ontarien d'indemnisation sans égard à la responsabilité un régime assorti d'un «seuil d'application». Voir Allan O'Donnell, *Automobile Insurance in Ontario* (1991), à la p. 202:

[TRADUCTION] En effet, le législateur ontarien a imposé aux citoyens un contrat social aux termes duquel, en contrepartie du paiement à toutes les personnes blessées d'indemnités pour la plupart des pertes financières, et ce sans égard à la responsabilité, et en contrepartie d'économies sur les primes d'assurance, la grande majorité de ces personnes ne peuvent prendre action en justice.

24

25

26

In very rough terms, only 8 per cent to 10 per cent of those injured will be able to meet the threshold test but since these cases will tend to be the most expensive ones in tort, about 60 per cent of the previous third-party liability bodily injury premium will be consumed in order to pay for such claims. The other 40 per cent of bodily injury dollars, when added to the previous existing No-Fault Benefits premium, will be spent on delivering No-Fault Benefits.

27 In *Meyer v. Bright*, at p. 136, the Ontario Court of Appeal characterized s. 266 as a general immunity and not a threshold:

At the outset we wish to make a comment about the word "threshold", which has been widely used to describe the provisions of s. 266(1). We think the use of that word in such a fashion, while perhaps convenient or handy, is inaccurate and tends to lead one away from the real inquiry which should be made. Section 266(1) does not establish any general threshold which injured persons need pass before they are entitled to sue. Section 266(1) essentially does two things. First, it immunizes the owner and occupants of motor vehicles, and persons present at the incident, from actions in Ontario for loss or damage arising out of motor vehicle accidents which occur after June 21, 1990 in Canada, the United States and certain other jurisdictions. The second thing which s. 266(1) does is create an exception for certain injured persons. The real inquiry required by the legislation in each case is to determine whether "the injured person" falls within one or more of the statutory exceptions to the general immunity.

28 The Court of Appeal for Ontario set the following standards for allegations of injuries falling under s. 266(1)(b):

- (1) Has the person sustained permanent impairment of a bodily function caused by continuing injury which is physical in nature?
- (2) Is the bodily function which is permanently impaired an important one?
- (3) Is the impairment of the important bodily function serious?

Grosso modo, de 8 à 10 pour 100 seulement des personnes blessées seront en mesure de franchir le seuil d'application, mais comme ces cas représentent généralement les actions en responsabilité délictuelle les plus coûteuses, quelque 60 pour 100 du montant versé antérieurement à titre de prime d'assurance responsabilité civile servira à les couvrir. Les 40 pour 100 restants des dollars affectés à l'indemnisation des lésions corporelles, ajoutés aux primes existantes versées à l'égard des indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité, seront consacrés au paiement de ces indemnités.

Dans *Meyer c. Bright*, précité, à la p. 136, la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié l'art. 266 de disposition créant une immunité générale et non un seuil d'application:

[TRADUCTION] Au départ, nous tenons à faire le commentaire suivant à propos du terme «seuil d'application», qui est largement utilisé pour décrire les dispositions du par. 266(1). Nous pensons que cette façon d'utiliser ce terme, quoique commode ou pratique, est impropre et tend à détourner du véritable examen qui doit être fait. Le paragraphe 266(1) n'établit pas quelque seuil général d'application que les personnes blessées doivent franchir avant d'avoir le droit de prendre action justice. Essentiellement, ce paragraphe accomplit deux choses. Premièrement, il protège les propriétaires d'automobiles, les personnes transportées dans une automobile et les personnes présentes à l'incident contre les actions intentées en Ontario pour pertes ou dommages découlant d'un accident de la route survenu après le 21 juin 1990, au Canada, aux États-Unis et dans certains autres ressorts. Deuxièmement, il crée une exception en faveur de certaines personnes blessées. Le véritable examen que requiert la loi dans chaque cas consiste à déterminer si «la personne blessée» est visée par une ou plusieurs des exceptions à l'immunité générale.

La Cour d'appel de l'Ontario a énoncé les critères suivants pour décider si les blessures alléguées sont visées à l'al. 266(1)(b):

- (1) L'intéressé souffre-t-il d'une déficience permanente d'une fonction corporelle causée par une blessure permanente qui est d'ordre physique?
- (2) Est-ce que la fonction corporelle atteinte d'une déficience permanente est une fonction importante?
- (3) La déficience causée à l'importante fonction corporelle est-elle grave?

Only if all three of the above questions are answered in the affirmative, they said, is the test met.

By whatever name it is called, s. 266 effectively bars actions for recovery in tort unless a certain level of physical injury, permanent in nature and entailing serious impairment of an important bodily function, is met. Unlike schemes in Michigan, New York and Florida upon which the Ontario scheme was said to be modelled, the Ontario threshold bars all tort claims, pecuniary and non-pecuniary, if the injury fails to pass the threshold.

What insight can we gain into the meaning of s. 206(1) *HTA*, given the exclusion of liability under s. 266 of the *Insurance Act*? An action governed by s. 206(1) fails if it does not qualify under the exception provided for in s. 266(1). The cause of action referred to in s. 206(3) does not accrue until the statutory requirement of s. 266(1) of the *Insurance Act* is met. Under the no-fault system in place at the time of the accident, the mere happening of an injury in a car accident does not found a cause of action. No cause of action exists until sufficient severity of injury exists. This view is strengthened by s. 266(3), which allows for a pre-trial motion on the issue of the existence of a cause of action. Under s. 266(3), a motion may be brought to determine whether there is a cause of action evident on the face of the record. The onus is on the plaintiff to prove that his injuries meet the requirements in s. 266(1)(b): *Buffa v. Gauvin* (1994), 18 O.R. (3d) 725 (Gen. Div.), and *Meyer v. Bright, supra*, at p. 146.

In my view, the right of action contemplated in s. 206(1) *HTA* must refer to an action that is not excluded by s. 266 of the *Insurance Act*. It cannot be otherwise. Ontario's system of mandatory automobile insurance is not a pure no-fault system; it

Le seuil d'application, d'affirmer la Cour d'appel, n'est franchi qu'en cas de réponse affirmative à ces trois questions.

Quel que soit le terme utilisé pour le décrire, l'art. 266 exclut effectivement les actions en dommages-intérêts pour responsabilité délictuelle en l'absence d'une blessure d'ordre physique permanente causant une déficience grave d'une fonction corporelle importante. À l'opposé des régimes en vigueur dans les États du Michigan, de New York et de la Floride, dont serait inspiré le régime ontarien, en Ontario toutes les actions en responsabilité délictuelle, pour perte pécuniaire ou non, sont exclues si la blessure ne permet pas de franchir le seuil d'application.

Que pouvons-nous apprendre sur le sens du par. 206(1) du *Code de la route* eu égard à l'exclusion de responsabilité prévue à l'art. 266 de la *Loi sur les assurances*? L'action visée au par. 206(1) n'est pas recevable si elle ne relève pas de l'exception prévue au par. 266(1). La cause d'action prévue au par. 206(3) ne prend naissance qu'au moment où les exigences établies par le par. 266(1) de la *Loi sur les assurances* sont respectées. En vertu du régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité qui existait au moment de l'accident, le simple fait de subir une blessure dans un accident ne constituait pas une cause d'action. Aucune cause d'action ne prend naissance tant qu'il n'existe pas une blessure suffisamment grave. Cette opinion est renforcée par le par. 266(3), qui permet la présentation, avant le procès, d'une motion sur la question de l'existence d'une cause d'action. Selon ce paragraphe, il est possible de présenter une motion pour faire décider s'il existe une cause d'action évidente à la lecture du dossier. C'est au demandeur qu'il incombe de prouver que ses blessures respectent les exigences prévues à l'al. 266(1)(b): *Buffa c. Gauvin* (1994), 18 O.R. (3d) 725 (Div. gén.), et *Meyer c. Bright*, précité, à la p. 146.

À mon avis, le droit d'action envisagé au par. 206(1) du *Code de la route* doit viser les actions qui ne sont pas exclues par l'art. 266 de la *Loi sur les assurances*. Il ne saurait en être autrement. Le régime ontarien d'assurance-automobile

29

30

31

cannot be said that the legislature intended to preclude all causes of action arising from motor vehicle accidents.

obligatoire n'est pas un régime pur d'indemnisation sans égard à la responsabilité; on ne peut dire que le législateur entendait écarter toutes causes d'action découlant d'accidents de la route.

32 In this case, had the respondents started an action prior to June 1993, they would not have had evidence of a sufficient serious physical injury. They would have failed the *Meyer v. Bright* test at the first step. It is unreasonable to suggest that the respondents, given the existing knowledge of the injury, should have proceeded. It would have been futile.

En l'espèce, si les intimés avaient intenté une action avant juin 1993, ils n'auraient pas eu de preuve d'une blessure d'ordre physique suffisamment grave. Ils auraient échoué dès le premier stade du test établi dans *Meyer c. Bright*. Il est déraisonnable de prétendre que les intimés, compte tenu de ce qu'ils savaient alors de la blessure, auraient dû prendre action en justice. Pareille action aurait été futile.

B. Does the Discoverability Rule Apply?

B. La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique-t-elle?

33 The cause of action under s. 206(1) does not arise unless the injury meets the statutory exceptions set out in the *Insurance Act*. The question which remains is whether the discoverability principle applies to postpone the running of time until the material facts underlying the cause of action, including extent of the injury, are known.

La cause d'action prévue au par. 206(1) ne prend naissance que si la blessure est visée par les exceptions prévues à la *Loi sur les assurances*. Il reste à se demander si la règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique pour retarder le point de départ du délai de prescription jusqu'au moment où les faits substantiels qui sous-tendent la cause d'action, y compris la gravité de la blessure, sont connus.

34 Short limitation periods indicate that the legislature put a premium on their function as a statute of repose. This is one of the three rationales which serve society and the courts' continued interest in maintaining the respect of these statutes. Whatever interest a defendant may have in the universal application of a limitation period must be balanced against the concerns of fairness to the plaintiff who was unaware that his injuries met the conditions precedent to commencing an action: *Murphy v. Welsh, supra; M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. All the rationales were set out in *M. (K.) v. M. (H.)*, where this Court considered the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240 (now R.S.O. 1990, c. L.15), in order to determine the time of accrual of the cause of action in a manner consistent with its purposes (at pp. 29-30):

La brièveté d'un délai de prescription indique que le législateur attache une grande importance à son rôle de loi qui assure la tranquillité d'esprit (*statute of repose*). Il s'agit de l'une des trois justifications qui incitent la société et les tribunaux à assurer le respect de ces lois. Quel que soit l'intérêt que puisse avoir un défendeur dans l'application universelle d'un délai de prescription, cet intérêt doit être soupesé avec le souci d'équité envers le demandeur qui ne savait pas que ses blessures respectaient les conditions d'ouverture de l'action en justice; voir *Murphy c. Welsh*, précité; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Toutes ces justifications ont été énoncées dans *M. (K.) c. M. (H.)*, où la Cour a examiné la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1980, ch. 240 (maintenant L.R.O. 1990, ch. L.15), pour déterminer quand la cause d'action avait pris naissance tout en respectant les objets de cette loi (aux pp. 29 et 30):

There are three, and they may be described as the certainty, evidentiary, and diligence rationales. . . .

Statutes of limitations have long been said to be statutes of repose. . . . The reasoning is straightforward enough. There comes a time, it is said, when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations. . . .

The second rationale is evidentiary and concerns the desire to foreclose claims based on stale evidence. Once the limitation period has lapsed, the potential defendant should no longer be concerned about the preservation of evidence relevant to the claim. . . .

Finally, plaintiffs are expected to act diligently and not "sleep on their rights"; statutes of limitation are an incentive for plaintiffs to bring suit in a timely fashion.

M. (K.) v. M. (H.) applied the three rationales to the fact situation there and found that neither the guarantee of repose, the evidentiary concerns nor the expectation of diligence on the part of the plaintiff precluded the application of the discoverability principle.

Since this Court's decisions in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at p. 224, discoverability is a general rule applied to avoid the injustice of precluding an action before the person is able to raise it. See *Sparham-Souter v. Town & Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858 (C.A.), at p. 868, *per* Lord Denning, M.R., citing *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, *supra*:

It appears to me to be unreasonable and unjustifiable in principle that a cause of action should be held to accrue before it is possible to discover any injury and, therefore, before it is possible to raise any action.

See also *M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at p. 32, and *Murphy v. Welsh*, *supra*, at pp. 1079-81.

Il y en a trois et elles peuvent être décrites comme la certitude, la preuve et la diligence. . . .

On affirme depuis longtemps que les lois sur la prescription des actions sont des lois destinées à assurer la tranquillité d'esprit [. . .] Le raisonnement est assez simple. Il arrive un moment, dit-on, où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu'il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations. . . .

La deuxième justification se rattache à la preuve et concerne la volonté d'empêcher les réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés. Une fois écoulé le délai de prescription, le défendeur éventuel ne devrait plus avoir à conserver des éléments de preuve se rapportant à la réclamation. . . .

Enfin, on s'attend à ce que les demandeurs agissent avec diligence et ne «tardent pas à faire valoir leurs droits»; la prescription incite les demandeurs à intenter leurs poursuites en temps opportun.

Dans *M. (K.) c. M. (H.)*, la Cour a appliqué ces justifications aux faits de l'espèce et a conclu que ni la garantie de tranquillité d'esprit, ni les inquiétudes relatives au caractère périmé de la preuve, ni la diligence attendue de la part du demandeur n'excluaient l'application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage.

Depuis les arrêts de notre Cour, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, et *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la p. 224, la règle de la possibilité de découvrir le dommage est une règle générale, appliquée pour prévenir l'injustice qu'entraînerait le fait d'interdire à une personne d'intenter une action avant qu'elle ne soit en mesure de le faire. Voir *Sparham-Souter c. Town & Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 858 (C.A.), à la p. 868, lord Denning, maître des rôles, citant *Cartledge c. E. Jopling & Sons Ltd.*, précité:

[TRADUCTION] Il me semble déraisonnable et injustifiable, sur le plan des principes, de dire qu'une cause d'action peut être considérée comme ayant pris naissance avant qu'il soit possible de découvrir quelque préjudice que ce soit, et donc avant qu'il ne soit possible d'intenter une action.

Voir aussi *M. (K.) c. M. (H.)*, précité, à la p. 32, et *Murphy c. Welsh*, précité, aux pp. 1079 à 1081.

35

36

37

In this regard, I adopt Twaddle J.A.'s statement in *Fehr v. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (Man. C.A.), at p. 206, that the discoverability rule is an interpretive tool for the construing of limitations statutes which ought to be considered each time a limitations provision is in issue:

In my opinion, the judge-made discoverability rule is nothing more than a rule of construction. Whenever a statute requires an action to be commenced within a specified time from the happening of a specific event, the statutory language must be construed. When time runs from "the accrual of the cause of action" or from some other event which can be construed as occurring only when the injured party has knowledge of the injury sustained, the judge-made discoverability rule applies. But, when time runs from an event which clearly occurs without regard to the injured party's knowledge, the judge-made discoverability rule may not extend the period the legislature has prescribed.

38

The appellant submitted here that the general rule of discoverability was ousted because the legislature used the words "damages were sustained", rather than the date "when the cause of action arose". It is unlikely that by using the words "damages were sustained", the legislature intended that the determination of the starting point of the limitation period should take place without regard to the injured party's knowledge. It would require clearer language to displace the general rule of discoverability. The use of the phrase "damages were sustained" rather than "cause of action arose", in the context of the *HTA*, is a distinction without a difference. The discoverability rule has been applied by this Court even to statutes of limitation in which plain construction of the language used would appear to exclude the operation of the rule. *Kamloops, supra*, dealt in part with s. 739 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, which required that notice should be given within two months "from and after the date on which [the] damage was sustained". However, this Court

À cet égard, je fais mienne l'affirmation du juge Twaddle dans *Fehr c. Jacob* (1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200 (C.A. Man.), à la p. 206, suivant laquelle la règle de la possibilité de découvrir le dommage est un outil qui sert à interpréter les textes de loi établissant des délais de prescription et qui doit être pris en considération chaque fois qu'une telle disposition est en litige:

[TRADUCTION] À mon avis, la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage n'est rien de plus qu'une règle d'interprétation. Dans tous les cas où une loi indique que l'action en justice doit être intentée dans un certain délai après un événement donné, il faut interpréter les termes de cette loi. Lorsque ce délai court à partir du «moment où naît la cause d'action» ou de tout autre événement qui peut être interprété comme ne survenant qu'au moment où la victime prend connaissance du dommage, c'est la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage qui s'applique. Toutefois, si le délai court à compter de la date d'un événement qui survient clairement, et sans égard à la connaissance qu'en a la victime, cette règle ne peut prolonger le délai fixé par le législateur.

En l'espèce, l'appelant a fait valoir que la règle générale de la possibilité de découvrir le dommage a été écartée puisque le législateur a parlé de la date «où les dommages ont été subis» et non de celle «où la cause d'action a pris naissance». Il est peu probable qu'en utilisant les mots «où les dommages ont été subis» le législateur entendait que l'on détermine le point de départ du délai de prescription sans égard au moment où la personne blessée prend connaissance du préjudice. Il faudrait un texte plus clair pour écarter l'application de la règle générale de la possibilité de découvrir le dommage. L'utilisation des mots «date où les dommages ont été subis» au lieu des mots «date où la cause d'action a pris naissance» dans le *Code de la route* est une distinction sans importance. La règle de la possibilité de découvrir le dommage a été appliquée par la Cour même à l'égard de textes de loi établissant des délais de prescription dont le libellé, interprété littéralement, semblait exclure l'application de la règle. L'arrêt *Kamloops*, précité, portait en partie sur l'art. 739 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255, qui exigeait que soit donné un avis dans les deux mois [TRADUCTION] «de la date à laquelle le dommage a été subi». Cependant,

applied the discoverability rule even with respect to this section; see *Kamloops*, *supra*, at pp. 35-40.

I agree with the Court of Appeal that to hold that the discoverability principle does not apply to s. 206 *HTA* would unfairly preclude actions by plaintiffs unaware of the existence of their cause of action. In balancing the defendant's legitimate interest in respecting limitations periods and the interest of the plaintiffs, the fundamental unfairness of requiring a plaintiff to bring a cause of action before he could reasonably have discovered that he had a cause of action is a compelling consideration. The diligence rationale would not be undermined by the application of the discoverability principle as it still requires reasonable diligence by the plaintiff.

The appellant submitted that as a matter of law, the discoverability principle was inapplicable to personal injury actions. Notwithstanding *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, *supra*, there is no principled reason for distinguishing between an action for personal injury and an action for property damage (see *Kamloops*, *Sparham-Souter* and *M. (K.) v. M. (H.)*).

The appellant also submitted that the natural inference from this Court's application of s. 47 of the Ontario *Limitations Act* in *Murphy v. Welsh*, *supra*, was that the common law discoverability rule does not apply to s. 206(1). If this were not so, it was argued, the Court would not have had to resort to s. 47 in that case. However discoverability played no part in the case. There the minor's injuries were immediately identified and legal advice sought. The limitation period was missed because files were misplaced by lawyers. As the legislature had specifically provided for the postponement of time in the case of minors and those suffering from other legal disability, it was incumbent upon the courts to apply the specific provision. There is no conflict between the rule in s. 47

notre Cour a appliqué la règle, même à l'égard de cet article; voir *Kamloops*, précité, aux pp. 35 à 40.

Je conviens avec la Cour d'appel que le fait de statuer que la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas à l'art. 206 du *Code de la route* ferait en sorte que les personnes qui ne connaissent pas l'existence de leur cause d'action seraient injustement empêchées d'intenter une action en justice. Lorsqu'on soupèse l'intérêt légitime du défendeur au respect du délai de prescription et l'intérêt du demandeur, l'iniquité fondamentale qu'entraînerait le fait d'exiger de ce dernier qu'il prenne action avant qu'il ait pu raisonnablement découvrir qu'il disposait d'une cause d'action est un facteur déterminant. L'application de la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne porterait pas atteinte à la justification fondée sur la diligence, puisqu'elle requiert toujours que le demandeur fasse montre de diligence raisonnable.

L'appelant a prétendu que, en droit, la règle de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas aux actions en dommages-intérêts pour blessures corporelles. Malgré l'arrêt *Cartledge c. E. Jopling & Sons Ltd.*, précité, il n'y a, sur le plan juridique, aucune raison de principe justifiant de faire une distinction entre les actions en dommages-intérêts pour blessures corporelles et celles pour dommages matériels (voir *Kamloops*, *Sparham-Souter* et *M. (K.) c. M. (H.)*).

L'appelant a également soutenu que l'inférence qui se dégage naturellement de l'application par notre Cour de l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario dans *Murphy c. Welsh*, précité, est que la règle de common law de la possibilité de découvrir le dommage ne s'applique pas au par. 206(1) du *Code de la route*. Si ce n'était pas le cas, a-t-on affirmé, la Cour n'aurait pas eu à invoquer l'art. 47 dans cet arrêt. La règle n'était pas en cause dans cette affaire où les blessures subies par le mineur ont été décelées sur-le-champ et où un avocat a été consulté. L'action n'a pas été intentée avant l'expiration du délai de prescription parce que les avocats ont égaré certains documents. Comme le législateur avait expressément prévu le report du point de départ dans le cas des

39

40

41

of the Ontario *Limitations Act* (which merely codifies the common law rules against allowing time to run against those under a legal disability) and the discoverability principle.

C. Application of the Discoverability Principle to the Facts

⁴² The respondent Mr. Peixeiro was injured in October 1990 and first discovered that his injury was physical in nature, within the meaning of *Meyer v. Bright*, in June 1993. He commenced his action against the appellant in July 1994. Given the medical advice that Mr. Peixeiro had, and in spite of reasonable diligence by him, his injury was reasonably discoverable for the first time in June 1993.

⁴³ As a matter of law, I do not think that the existence of a cause of action was reasonably discoverable until the respondents learned that Mr. Peixeiro had a herniated disc. Therefore, the respondents' action is not statute-barred, as it was started within two years of the time when they first learned that they had a cause of action.

VII. Conclusion

⁴⁴ Under s. 206(1) *HTA*, there is no cause of action until the injury meets the statutory exceptions to liability immunity in s. 266(1) of the *Insurance Act*. The discoverability principle applies to avoid the injustice of precluding an action before the person is able to sue. Time under s. 206(1) does not begin to run until it is reasonably discoverable that the injury meets the threshold of s. 266(1). It was agreed that the respondents first learned of the herniated disc in June 1993. The respondents were reasonably diligent in this respect. It cannot be said that they ought to have discovered the serious nature of the damage earlier. As the action was

mineurs et des personnes frappées d'autres incapacités légales, il incombait aux tribunaux d'appliquer la disposition pertinente. Il n'y a aucun conflit entre la règle fixée par l'art. 47 de la *Loi sur la prescription des actions* de l'Ontario (qui ne fait que codifier les règles de la common law portant suspension du délai de prescription à l'égard des personnes frappées d'une incapacité légale) et la règle de la possibilité de découvrir le dommage.

C. L'application aux faits de l'espèce de la règle de la possibilité de découvrir le dommage

L'intimé, M. Peixeiro, a été blessé en octobre 1990, et c'est en juin 1993 qu'il s'est aperçu qu'il avait subi une blessure d'ordre physique au sens de l'arrêt *Meyer c. Bright*. Il a pris action contre l'appelant en juillet 1994. Compte tenu des avis médicaux qu'il avait reçus, et malgré la diligence raisonnable dont il a fait montre, il ne lui a été raisonnablement possible de découvrir sa blessure qu'en juin 1993.

En droit, je ne pense pas qu'il était raisonnablement possible pour les intimés de découvrir l'existence d'une cause d'action avant qu'ils apprennent que M. Peixeiro souffrait d'une hernie discale. Par conséquent, leur action n'est pas prescrite, puisqu'elle a été intentée dans les deux ans de la date où ils ont appris qu'ils disposaient d'une cause d'action.

VII. Conclusion

En vertu du par. 206(1) du *Code de la route*, il n'existe pas de cause d'action à moins que la blessure soit visée par l'une des exceptions à l'immunité contre la responsabilité civile qui sont prévues au par. 266(1) de la *Loi sur les assurances*. La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique pour prévenir l'injustice qu'entraînerait le fait d'empêcher une personne d'intenter une action avant qu'elle ne soit en mesure de le faire. Le délai prévu au par. 206(1) ne commence à courir qu'à compter du moment où il est raisonnablement possible de découvrir que la blessure atteint le seuil d'application du par. 266(1). Il a été admis que les intimés ont pris connaissance de l'hernie discale en juin 1993. Ils ont été raisonnablement

commenced in July a year later within the limitation period, it cannot be statute-barred.

I would dismiss the appeal, with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Rachlin & Wolfson, Toronto.

Solicitors for the respondents: Faust, Azevedo & Wise, Toronto.

diligents à cet égard. On ne peut affirmer qu'ils auraient dû découvrir plus tôt la gravité du dommage. Comme l'action a été intentée au mois de juillet l'année suivante, à l'intérieur du délai de prescription, elle n'est pas prescrite.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Rachlin & Wolfson, Toronto.

Procureurs des intimés: Faust, Azevedo & Wise, Toronto.

MAIL  POSTE
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes
Postage paid / Port payé
Lettermail / Poste-lettre
03159442
OTTAWA

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 4, 1997 Vol. 3

4^e cahier, 1997 Vol. 3

Cited as [1997] 3 S.C.R. 569-765

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 569-765

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1997.

CONTENTS

Eldridge v. British Columbia (Attorney General) 624

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Publicly funded medicare — Medicare not providing for sign language interpreters — Whether, and in what manner, the Charter applies to the decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of the publicly funded scheme for the provision of medical care — Whether not providing for this service under Acts establishing medicare and hospitalization infringing s. 15(1) equality rights of disabled — If so, whether legislation saved under s. 1 — Appropriate remedy if Charter violation found — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), ss. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29(b) — Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 76 (now the Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286), ss. 1, 4(1)(c), (j), 6, 8.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1997.

SOMMAIRE

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général) 624

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience physique — Soins de santé financés sur les deniers publics — Services d'interprétation gestuelle non couverts par le régime d'assurance-maladie — La Charte s'applique-t-elle à la décision de ne pas fournir des services d'interprétation gestuelle dans le cadre du régime public de soins de santé et, dans l'affirmative, de quelle manière s'y applique-t-elle? — Le fait de ne pas fournir de tels services en vertu de lois établissant des régimes de soins de santé et d'hospitalisation porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) aux personnes handicapées? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée conformément à l'article premier? — Si une atteinte à la Charte est constatée, quelle est la réparation convenable? — Charte canadienne des droits et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Libman v. Quebec (Attorney General)..... 569

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Provincial referendum legislation — Spending — Referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

Elections — Referendum — Spending — Freedoms of expression and association — Provincial referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

R. v. Allen..... 700

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay not occasioned by scarcity of judicial resources — Whether stay of proceedings appropriate.

R. v. Lawes 694

Criminal law — Evidence — Rebuttal evidence — Trial judge properly exercised his discretion in permitting rebuttal evidence — Curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable if part of rebuttal evidence improperly admitted.

R. v. Ly..... 698

Criminal law — Evidence — Telephone conversation — Admissibility — Telephone conversation not hearsay and therefore admissible.

R. v. Solomon 696

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence — Telephone conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Wallace v. United Grain Growers Ltd. 701

Bankruptcy — Property of bankrupt — Salary, wages or other remuneration — Undischarged bankrupt bringing action for

SOMMAIRE (Suite)

libertés, art. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), art. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29b) — Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286), art. 1, 4(1c), j), 6, 8.

Libman c. Québec (Procureur général) 569

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire — Dépenses — Loi sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limitées à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

Élections — Référendum — Dépenses — Libertés d'expression et d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limitées à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

R. c. Allen..... 700

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai non causé par une pénurie de ressources judiciaires — L'arrêt des procédures est-il une réparation convenable?

R. c. Lawes 694

Droit criminel — Preuve — Contre-preuve — Pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la présentation de la contre-preuve exercé régulièrement — Dispositions réparatrices de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel applicables si une partie de la contre-preuve a été admise irrégulièrement.

R. c. Ly..... 698

Droit criminel — Preuve — Conversation téléphonique — Admissibilité — La conversation téléphonique ne constituait pas du ouï-dire et était donc admissible.

CONTENTS (Concluded)

wrongful dismissal — Whether damages for wrongful dismissal included in “salary, wages or other remuneration” — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 68(1).

Civil procedure — Wrongful dismissal — Undischarged bankrupt seeking damages for wrongful dismissal — Whether undischarged bankrupt can bring action for wrongful dismissal in his own name.

Employment law — Wrongful dismissal — Employee summarily discharged seeking damages for wrongful dismissal — Trial judge awarding employee damages based on 24-month notice period and aggravated damages — Whether Court of Appeal erred in reducing reasonable notice period to 15 months — Whether Court of Appeal erred in overturning aggravated damages award — Whether action can be brought for “bad faith discharge” — Whether employee entitled to punitive damages.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Solomon 696

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve — Conversations téléphoniques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Wallace c. United Grain Growers Ltd. 701

Faillite — Biens d'un failli — Traitement, salaire ou autre rémunération — Action pour congédiement injustifié intentée par un failli non libéré — Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié constituent-ils un traitement, un salaire ou une autre rémunération? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 68(1).

Procédure civile — Congédiement injustifié — Failli non libéré réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Un failli non libéré peut-il intenter en son propre nom une action pour congédiement injustifié?

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Employé congédié sommairement réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Juge de première instance accordant à l'employé des dommages-intérêts fondés sur un préavis de 24 mois et des dommages-intérêts majorés — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant à 15 mois la période de préavis raisonnable? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant l'attribution de dommages-intérêts majorés? — Est-il possible d'intenter une action pour «renvoi de mauvaise foi»? — L'employé a-t-il droit à des dommages-intérêts punitifs?

Robert Libman
Equality Party *Appellant*

v.

**The Attorney General of
 Quebec** *Respondent*

INDEXED AS: LIBMAN v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 24960.

1997: April 22; 1997: October 9.

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 — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Provincial referendum legislation — Spending — Referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

Elections — Referendum — Spending — Freedoms of expression and association — Provincial referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

The appellant challenges the constitutional validity of ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of Appendix 2 of the *Referendum Act*. That Act, which governs referendums in Quebec, provides that groups

Robert Libman
Parti Égalité *Appelant*

c.

Le procureur général du Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ: LIBMAN c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 24960.

1997: 22 avril; 1997: 9 octobre.

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 — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire — Dépenses — Loi sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limitées à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

Élections — Référendum — Dépenses — Libertés d'expression et d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limitées à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

L'appelant conteste la constitutionnalité des art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*. Cette loi, qui régit la tenue des référendums au Québec, prévoit que

wishing to participate in a referendum campaign for a given option can either directly join the national committee supporting the same option or affiliate themselves with it. It also provides for the financing of the national committees and limits their expenses and those of the affiliated groups. The impugned provisions deal with the expenses that may be incurred during a referendum campaign. Sections 402 and 403 establish the principle of "regulated expenses". These expenses include the cost of any goods or services that promote or oppose, directly or indirectly, an option submitted to a referendum. Under ss. 406 para. 3 and 413, only an official agent of a national committee, or one of his or her representatives, may incur or authorize regulated expenses. Section 414 provides that such expenses may be paid only out of the referendum fund, which is available only to the national committees. Under s. 416, no person may accept or execute an order for regulated expenses unless they are incurred or authorized by the official agent of a national committee or by one of his or her representatives. Under s. 417, no person may receive a price different from the regular price for goods or services representing a regulated expense. Finally, s. 404 lists exceptions to regulated expenses. These exceptions, or unregulated expenses, comprise primarily forms of expression that do not require the disbursement of money or financial consideration. The only disbursement of money permitted is the maximum amount of \$600 for organizing and holding a meeting. The appellant maintains that the impugned provisions infringe the freedoms of expression and association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He argues that if he wishes to conduct a referendum campaign independently of the national committees, his freedom of political expression will be limited to unregulated expenses. Conversely, if he wishes to be able to incur regulated expenses, he will have to join or affiliate himself with one of the national committees. In the courts below, the Superior Court and the Court of Appeal held that the impugned provisions infringed freedom of expression but that this infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be allowed.

The freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* must be interpreted broadly. Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered

les groupes qui souhaitent participer à une campagne référendaire pour une option donnée ont la possibilité soit de s'inscrire directement au comité national soutenant la même option, soit de s'y affilier. Elle prévoit également le financement des comités nationaux et limite leurs dépenses et celles des groupes affiliés. Les dispositions contestées portent sur les dépenses possibles pendant une campagne référendaire. Les articles 402 et 403 établissent le principe des «dépenses réglementées». Ces dépenses englobent le coût de tout bien ou service qui favorise ou défavorise, directement ou indirectement, une option soumise à la consultation populaire. En vertu des art. 406 al. 3 et 413, seul un agent officiel d'un comité national, ou l'un de ses représentants, peut effectuer ou autoriser des dépenses réglementées. L'article 414 mentionne que ces dépenses ne peuvent être faites qu'à même le fonds du référendum — un fonds qui ne peut être utilisé que par les comités nationaux. Selon l'art. 416, personne ne peut recevoir ou exécuter une commande de dépenses réglementées à moins que celles-ci ne soient faites ou autorisées par l'agent officiel d'un comité national ou par l'un de ses représentants. En vertu de l'art. 417, nul ne peut, pour un bien ou service qui représente une dépense réglementée, recevoir un prix différent du prix courant. Enfin, l'art. 404 énumère des exceptions aux dépenses réglementées. Ces exceptions ou dépenses non réglementées comprennent surtout les modes d'expression qui ne requièrent pas un déboursement d'argent ou une contrepartie financière. Le seul déboursement d'argent permis est le montant maximal de 600 \$ pour l'organisation et la tenue d'une réunion. L'appellant soutient que les dispositions contestées portent atteinte aux libertés d'expression et d'association garanties par les al. 2b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il prétend que, s'il veut mener une campagne référendaire indépendamment des comités nationaux, sa liberté d'expression politique sera limitée aux seules dépenses non réglementées. À l'inverse, s'il souhaite pouvoir engager des dépenses réglementées, il sera obligé de s'associer ou de s'affilier à l'un des comités nationaux. Dans les instances inférieures, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont statué que les dispositions contestées portaient atteinte à la liberté d'expression mais que cette atteinte était justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte* doit être interprétée largement. À moins que l'expression ne soit communiquée d'une manière qui exclut la protection, telle la violence, toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un

by the guarantee of s. 2(b). The impugned provisions at issue here infringe freedom of expression. The appellant wishes to express his opinions on the referendum question and convey meaning independently of the national committees by means of "regulated expenses". This is a form of political expression that is clearly protected by s. 2(b) — political expression is at the very heart of the values sought to be protected by freedom of expression — and the impugned provisions restrict that freedom. The expenses of persons who, either individually or as a group, do not wish to or cannot join or affiliate themselves with one of the national committees are limited to the unregulated expenses set out in s. 404. The Act accordingly places restrictions on such persons who, unlike the national committees, cannot incur regulated expenses during the referendum period in order to express their points of view. Since freedom of expression includes the right to employ any methods, other than violence, necessary for communication, this clearly infringes their freedom of political expression.

For similar reasons, the impugned provisions also infringe freedom of association. The protection provided for in s. 2(d) of the *Charter* includes the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals. In the present case, there are both individuals and groups whose freedom of expression is restricted by the impugned provisions. These groups therefore cannot freely exercise one of the rights protected by the *Charter*. Their freedom of association is accordingly infringed.

From the point of view of justification under s. 1 of the *Charter*, the basic objective of the Act at issue is to guarantee the democratic nature of referendums by promoting equality between the options submitted by the government and seeking to promote free and informed voting. In its egalitarian aspect, the Act is intended to prevent the referendum debate being dominated by the most affluent members of society. At the same time, the Act promotes an informed vote by ensuring that some points of view are not buried by others. This highly laudable objective, intended to ensure the fairness of a referendum on a question of public interest, is of pressing and substantial importance in a democratic society.

To attain its objective, the Act limits spending not only by the national committees, but also by independent individuals and groups, during the referendum

message est comprise dans la garantie de l'al. 2b). En l'espèce, les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d'expression. L'appelant souhaite exprimer ses opinions au sujet de la question référendaire et transmettre un message de façon indépendante des comités nationaux par le biais de «dépenses réglementées». Il s'agit d'un moyen d'expression politique qui est manifestement visé par l'al. 2b) — l'expression politique est au cœur même des valeurs que cherche à protéger la liberté d'expression —, et les dispositions contestées restreignent cette liberté. Les dépenses des personnes et, individuellement ou en groupe, ne veulent pas ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux sont limitées à celles non réglementées prévues à l'art. 404. La loi impose donc des restrictions à ces personnes qui ne peuvent effectuer des dépenses réglementées pendant la période référendaire, au même titre que les comités nationaux, afin d'exprimer leur point de vue. Puisque la liberté d'expression inclut le droit d'utiliser les moyens, autres que la violence, nécessaires à la communication, il s'agit clairement d'une atteinte à la liberté d'expression politique de ces personnes.

Pour des raisons analogues, les dispositions contestées portent également atteinte à la liberté d'association. La protection prévue à l'al. 2d) de la *Charte* inclut l'exercice collectif des droits et libertés individuels garantis par la Constitution. En l'espèce, autant certains individus que certains groupes voient leur liberté d'expression restreinte par les dispositions contestées. Ces groupes ne peuvent donc exercer librement un des droits protégés par la *Charte*. Leur liberté d'association est par le fait même atteinte.

Analysée en regard de sa justification selon l'article premier de la *Charte*, la loi en cause a pour objectif fondamental de garantir le caractère démocratique de la consultation populaire en favorisant l'égalité entre les options soumises par le gouvernement et en cherchant à favoriser un vote libre et éclairé. Dans sa dimension égalitaire, la loi vise à empêcher que le débat référendaire soit dominé par les éléments les plus fortunés de la société. Du même coup, la loi favorise un vote éclairé en assurant que certains points de vue ne soient pas enterrés par d'autres. Cet objectif fort louable, qui vise à assurer le caractère juste et équitable d'une consultation populaire sur des questions d'intérêt public, revêt une importance urgente et réelle dans une société démocratique.

Pour atteindre son objectif, la loi limite non seulement les dépenses des comités nationaux, mais aussi celles des indépendants, pendant la période référendaire.

period. There is clearly a rational connection between limits on independent spending and the legislature's objective. Limits on such spending are essential to maintain an equilibrium in financial resources and to guarantee the fairness of the referendum. The evidence shows that without such controls, any system for limiting the spending of the national committees would become futile. The limit on independent spending must also be stricter than that granted to the national committees, since it cannot be assumed that independent spending will be divided equally to support the various options.

With respect to the minimal impairment test, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expression, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to reconcile the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. To attain this objective, the legislature had to try to strike a balance between absolute freedom of individual expression and equality among the different expressions for the benefit of all. The impugned provisions are therefore not purely restrictive of freedom of expression. Their primary purpose is to promote political expression by ensuring an equal dissemination of points of view purely out of respect for democratic traditions. The structure set up by the legislature enables the vast majority of the people or groups favouring one of the options to participate actively in the referendum campaign by joining or affiliating themselves with the national committee overseeing the option. The affiliation system therefore significantly relaxes the restriction imposed by the impugned provisions on the freedoms of expression and association of groups that wish to support one of the options submitted to a referendum but disagree with the strategy of the national committee representing the option they support. This relaxation is sufficient to conclude that the impairment of the freedoms of such groups is minimal. Affiliation makes it possible for such groups to conduct campaigns parallel to that of the national committee representing the option they wish to support and to incur regulated expenses out of the referendum fund. Individuals may also associate to form an affiliated group in order to conduct a parallel campaign.

However, the limits imposed under s. 404 cannot meet the minimal impairment test in the case of individuals and groups who can neither join nor affiliate themselves with the national committees and can therefore

Il existe clairement un lien rationnel entre la limitation des dépenses des indépendants et l'objectif poursuivi par le législateur. La limitation de ces dépenses est primordiale pour préserver l'équilibre des moyens financiers et pour garantir le caractère juste et équitable de la consultation populaire. La preuve démontre que sans un tel contrôle, tout régime de limitation des dépenses des comités nationaux deviendrait vain. Par ailleurs, la limitation des dépenses des indépendants doit également être plus stricte que celle prévue pour les comités nationaux puisqu'on ne peut présumer que les dépenses des indépendants se répartiront également pour soutenir chacune des options.

Au niveau du critère de l'atteinte minimale, bien que les dispositions contestées restreignent jusqu'à un certain point l'une des formes les plus fondamentales d'expression, soit l'expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre de concilier les valeurs démocratiques que constituent la liberté d'expression et l'équité référendaire. Pour atteindre cet objectif, le législateur a dû chercher un équilibre entre la liberté d'expression individuelle absolue et l'égalité des différentes expressions pour le bienfait collectif. À cet égard, les dispositions contestées ne sont donc pas purement restrictives de la liberté d'expression. Elles visent avant tout à favoriser l'expression politique en assurant une diffusion égale des expressions dans le pur respect des traditions démocratiques. La structure mise en place par le législateur permet à la très grande majorité des personnes ou des groupes qui favorisent une option ou une autre de participer activement à la campagne référendaire en s'associant ou en s'affiliant au comité national qui chapeaute l'option. Le système d'affiliation constitue donc un assouplissement majeur de la restriction imposée par les dispositions contestées aux libertés d'expression et d'association des groupes qui souhaitent appuyer l'une ou l'autre option soumise à la consultation populaire, mais qui sont en désaccord avec la stratégie du comité national représentant l'option qu'ils préconisent. Cet assouplissement est suffisant pour conclure que l'atteinte aux libertés de ces groupes est minimale. Grâce à l'affiliation, ces groupes peuvent faire des campagnes parallèles à celle du comité national représentant l'option qu'ils veulent appuyer et engager des dépenses réglementées sur le fonds du référendum. Des individus peuvent également s'associer pour former un groupe affilié et ainsi entreprendre une campagne parallèle.

Toutefois, dans le cas d'individus et de groupes qui ne peuvent ni s'associer ni s'affilier aux comités nationaux, et qui ne peuvent donc s'exprimer qu'au moyen de dépenses non réglementées, les limites imposées à

express their views only by means of unregulated expenses. The forms of expression provided for in that section are so restrictive that they come close to being a total ban. There are alternative solutions consistent with the Act's objective that are far better than the exceptions set out in s. 404. An exception to regulated expenses permitting citizens, either individually or in groups, to spend a certain amount on an entirely discretionary basis while prohibiting the pooling of such amounts would be far less intrusive than the s. 404 exceptions. By virtue of this exception, individuals and groups who can neither join nor affiliate themselves with the national committees would be entitled to a minimum amount that they would be able to spend as they saw fit in order to communicate their points of view. Since it is difficult to sever s. 404 from the rest of the impugned provisions, it must also be concluded that all the impugned provisions constitute an unjustified infringement of the freedoms of expression and association. Sections 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 are accordingly declared to be of no force or effect. In view of this declaration, the other provisions of the *Referendum Act* relating to control of referendum spending become pointless since practically all these provisions are based on the concept of "regulated expenses". It will be up to the legislature to make the appropriate amendments.

The result of the case would have been the same had it been resolved on the basis of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

Cases Cited

Disapproved: *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 205; **referred to:** *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995;

l'art. 404 ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Les moyens d'expression prévus à cet article sont à ce point restrictifs qu'ils se rapprochent d'une prohibition totale. Or il existe des solutions de rechange qui respectent l'objectif de la loi et qui sont nettement supérieures aux exceptions de l'art. 404. Une exception aux dépenses réglementées qui permettrait aux individus de dépenser, individuellement ou en groupe, un certain montant de manière entièrement discrétionnaire, tout en interdisant la mise en commun de ce montant serait nettement moins attentatoire que les exceptions de l'art. 404. Grâce à cette exception, les individus et les groupes qui ne peuvent ni s'associer ni s'affilier auraient droit à un montant minimal dont ils pourraient disposer à leur gré afin de communiquer leur point de vue. Puisqu'il est difficile de dissocier l'art. 404 du reste des dispositions contestées, il faut également conclure que toutes les dispositions contestées constituent une atteinte injustifiée aux libertés d'expression et d'association. Les articles 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 sont donc déclarés inopérants. Vu cette déclaration, les autres dispositions de la *Loi sur la consultation populaire* portant sur le contrôle des dépenses référendaires deviennent sans objet puisque pratiquement toutes ces dispositions sont fondées sur la notion de «dépenses réglementées». Il reviendra au législateur de faire les modifications appropriées.

Le résultat du litige aurait été le même s'il avait été résolu en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 205; **arrêts mentionnés:** *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Haig c. Canada*,

National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Attorney General) (1984), 11 D.L.R. (4th) 481; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canada Elections Act, R.S.C., 1985, c. E-2, ss. 259.1 [en. 1993, c. 19, s. 112], 259.2 [*idem*].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Election Act, R.S.Q., c. E-3.3 [adapted by R.S.Q., c. C-64.1, App. 2 (am. 1992, c. 38, s. 93)], ss. 91 para. 1, 402, 403, 404, 405, 406 paras. 1, 2, 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427, 430.
Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 1 "referendum period" [repl. 1981, c. 4, s. 5; am. 1984, c. 51, s. 530], 2 to 6, 7 [am. 1992, c. 38, s. 79], 13 [*idem*, s. 82], 22 [*idem*, s. 87], 23 paras. 1, 2, 3 [*idem*, s. 88], 24 [am. 1981, c. 4, s. 16], 25, 36, 37 [am. 1992, c. 38, s. 90], 38, 40 [am. 1982, c. 62, s. 143], 41 [am. 1981, c. 4, s. 11], 42 [*idem*, s. 12; am. 1984, c. 51, s. 542; am. 1989, c. 1, s. 591], 44 [am. 1989, c. 1, s. 593; am. 1995, c. 23, s. 55], 45 [am. 1992, c. 38, s. 92], App. 2 [*idem*, s. 93] amending ss. 91 para. 1, 402, 403, 404, 405, 406 paras. 1, 2, 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427, 430 of the *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3.

Authors Cited

Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. *Reforming Electoral Democracy: Final Report*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1991.
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 5 avril 1978, vol. 20, n° 17, pp. 708, 710.
 Quebec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 2^e sess., 31^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales.

[1993] 2 R.C.S. 995; *National Citizens' Coalition Inc. c. Canada (Attorney General)* (1984), 11 D.L.R. (4th) 481; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3 [adaptée par L.R.Q., ch. C-64.1, app. 2 (mod. 1992, ch. 38, art. 93)], art. 91 al. 1, 402, 403, 404, 405, 406 al. 1, 2, 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427, 430.
Loi électorale du Canada, L.R.C. (1985), ch. E-2, art. 259.1 [aj. 1993, c. 19, art. 112], 259.2 [*idem*].
Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 1 «période référendaire» [rempl. 1981, ch. 4, art. 5; mod. 1984, ch. 51, art. 530], 2 à 6, 7 [mod. 1992, ch. 38, art. 79], 13 [*idem*, art. 82], 22 [*idem*, art. 87], 23 al. 1, 2, 3 [*idem*, art. 88], 24 [mod. 1981, ch. 4, art. 16], 25, 36, 37 [mod. 1992, ch. 38, art. 90], 38, 40 [mod. 1982, ch. 62, art. 143], 41 [mod. 1981, ch. 4, art. 11], 42 [*idem*, art. 12; mod. 1984, ch. 51, art. 542; mod. 1989, ch. 1, art. 591], 44 [mod. 1989, ch. 1, art. 593; mod. 1995, ch. 23, art. 55], 45 [mod. 1992, ch. 38, art. 92], app. 2 [*idem*, art. 93] modifiant les art. 91 al. 1, 402, 403, 404, 405, 406 al. 1, 2, 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427, 430 de la *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3.

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. *Pour une démocratie électorale renouvelée: rapport final*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, 5 avril 1978, vol. 20, n° 17, pp. 708, 710.
 Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 2^e sess., 31^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil, de la

Étude du livre blanc sur la consultation populaire, novembre et décembre 1977.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 31^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution. Étude du projet de loi n^o 92 — Loi sur la consultation populaire, 7 juin 1978, n^o 114, pp. B-4505 à B-4509; 12 juin 1978, n^o 126, pp. B-4930 à B-4941; 16 juin 1978, n^o 139, pp. B-5506 à B-5520.

Québec. Gouvernement du Québec. *Consulting the People of Québec*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1977.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2015, [1995] Q.J. No. 617 (QL), affirming a judgment of the Superior Court, [1992] R.J.Q. 2141, [1992] Q.J. No. 1206 (QL). Appeal allowed.

Julius H. Grey, Kim Mancini and Simon Ruel, for the appellant.

Benoît Belleau and Jean-Yves Bernard, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT — This appeal concerns the constitutional validity of certain provisions of Appendix 2 of the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1, in light of ss. 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protect freedom of expression and freedom of association. The impugned provisions place limits on the expenses that may be incurred during a referendum campaign, *inter alia* by setting out what types of expenses are permitted and who may incur them.

I — Facts

The appellant, Robert Libman, was president of the Equality Party and a member of the National Assembly when, in 1992, he brought a motion in the Superior Court for a declaratory judgment in anticipation of the referendum on the Charlottetown Accord. The purpose of the motion, which was brought jointly with the Equality Party, was to

constitution et des affaires intergouvernementales. Étude du livre blanc sur la consultation populaire, novembre et décembre 1977.

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 31^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution. Étude du projet de loi n^o 92 — Loi sur la consultation populaire, 7 juin 1978, n^o 114, pp. B-4505 à B-4509; 12 juin 1978, n^o 126, pp. B-4930 à B-4941; 16 juin 1978, n^o 139, pp. B-5506 à B-5520.

Québec. Gouvernement du Québec. *La consultation populaire au Québec*. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2015, [1995] A.Q. n^o 617 (QL), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 2141, [1992] A.Q. n^o 1206 (QL). Pourvoi accueilli.

Julius H. Grey, Kim Mancini et Simon Ruel, pour l'appelant.

Benoît Belleau et Jean-Yves Bernard, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR — Le présent pourvoi porte sur la validité constitutionnelle de certaines dispositions de l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1, au regard des al. 2b) et 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui protègent la liberté d'expression et la liberté d'association. Les dispositions contestées imposent des restrictions aux dépenses possibles pendant une campagne référendaire, notamment en prévoyant le type de dépenses permises et quelles personnes peuvent les engager.

I — Les faits

L'appelant, M. Robert Libman, était président du Parti Égalité et membre de l'Assemblée nationale lorsqu'il a présenté, en 1992, une requête en jugement déclaratoire à la Cour supérieure en prévision du référendum sur les accords de Charlottetown. Cette requête, présentée conjointement avec le Parti Égalité, visait à faire déclarer inopérants et

have ss. 22, 25, 36, 37 and 38 of the *Referendum Act* and ss. 91 para. 1, 402, 403, 404, 405, 406 paras. 1, 2 and 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427 and 430 of Appendix 2 of that Act declared invalid and of no force or effect. In their motion, Mr. Libman and the Equality Party maintained that the impugned provisions infringed the freedom of expression, freedom of association, freedom of peaceful assembly and right to equality protected by the Canadian *Charter* and the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Mr. Libman and the Equality Party also asked the trial court to recognize their right to conduct an unrestricted referendum campaign and receive a fair share of the public funds available for such a campaign.

³ The Superior Court dismissed the motion: [1992] R.J.Q. 2141, [1992] Q.J. No. 1206 (QL). It held that while the impugned provisions infringed freedom of expression, the infringement had been shown to meet the test of s. 1 of the Canadian *Charter*. Only Mr. Libman appealed the trial judgment. Furthermore, his challenge was now limited to the constitutional validity of ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of Appendix 2 of the *Referendum Act*, and to the infringement of freedom of expression and freedom of association. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal, affirming the trial judge's decision that the impugned provisions infringed freedom of expression but that the infringement could be justified under s. 1 of the Canadian *Charter*: [1995] R.J.Q. 2015, [1995] Q.J. No. 617 (QL). Brossard J.A., dissenting in part, would have allowed the appeal and declared certain of the impugned provisions to be of no force or effect. Mr. Libman appealed that judgment to this Court.

II — Impugned Statutory Provisions and Operation of the *Referendum Act*

⁴ The *Referendum Act* governs referendums in Quebec. It lays down the general framework for the organizational structures necessary for the

invalides les art. 22, 25, 36, 37 et 38 de la *Loi sur la consultation populaire*, et les art. 91 al. 1, 402, 403, 404, 405, 406 al. 1, 2 et 3, 412, 413, 414, 416, 417, 426, 427 et 430 de l'appendice 2 de la même loi. Dans leur requête, M. Libman et le Parti Égalité prétendaient que les dispositions contestées violaient la liberté d'expression, la liberté d'association, la liberté de réunion pacifique et le droit à l'égalité protégés par la *Charte* canadienne et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Monsieur Libman et le Parti Égalité demandaient également au tribunal de première instance de reconnaître leur droit de faire une campagne référendaire sans restriction et de recevoir une portion équitable des fonds publics disponibles pour la tenue d'une telle campagne.

La Cour supérieure a rejeté cette requête: [1992] R.J.Q. 2141, [1992] A.Q. n° 1206 (QL). Elle a conclu que les dispositions contestées portaient atteinte à la liberté d'expression mais qu'il avait été démontré que cette atteinte respectait le test de l'article premier de la *Charte* canadienne. Seul M. Libman a porté en appel le jugement de première instance. En outre, il n'attaquait plus que la validité constitutionnelle des art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire* et il a restreint sa contestation à l'atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'association. La majorité de la Cour d'appel a rejeté l'appel en confirmant la conclusion du juge de première instance selon laquelle les dispositions en litige portaient atteinte à la liberté d'expression mais que l'atteinte était justifiée selon l'article premier de la *Charte* canadienne: [1995] R.J.Q. 2015, [1995] A.Q. n° 617 (QL). Le juge Brossard, dissident en partie, aurait accueilli l'appel et déclaré inopérantes certaines des dispositions contestées. Monsieur Libman se pourvoit devant notre Cour contre ce dernier jugement.

II — Les dispositions législatives contestées et le fonctionnement de la *Loi sur la consultation populaire*

La *Loi sur la consultation populaire* régit la tenue des référendums au Québec. Elle prévoit le cadre général des structures organisationnelles

holding of any referendum. Section 44 reads as follows:

44. Except to the extent that this Act provides otherwise, every referendum shall be governed by the provisions of the Election Act (chapter E-3.3) that are in force at the time and that are enumerated in Appendix 2, with, where necessary, the amendments indicated therein.

The regulations made under the Election Act and writs made under the said Act apply, *mutatis mutandis*, to a referendum.

Appendix 2 of the *Referendum Act* thus incorporates certain provisions of the *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, amending them to adapt them to referendums. Section 45 of the *Referendum Act* provides that the chief electoral officer must cause a version of the *Election Act*, as amended by Appendix 2 of the *Referendum Act*, to be printed:

45. The chief electoral officer must cause a special version of the Election Act (chapter E-3.3) to be printed, striking out therefrom the sections not appearing in Appendix 2, incorporating therein the sections of the said Act appearing in the said Appendix and making the amendments indicated in the said Appendix.

In preparing the special version, the chief electoral officer may amend the titles and subtitles of the said Act.

The chief electoral officer shall also cause to be printed a special version of the regulations made pursuant to sections 549 and 550 of the Election Act.

The chief electoral officer accordingly published the *Special Version of the Election Act for the holding of a Referendum* (hereinafter "*Special Version*"), which facilitates the use of Appendix 2 of the *Referendum Act*.

All the statutory provisions at issue here are provisions of the *Election Act* as amended by Appendix 2 of the *Referendum Act*, namely ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417. For ease of reference, we shall cite the impugned provisions as they appear in the *Special Version*:

nécessaires à la tenue de tout référendum et elle édicte à son art. 44:

44. Sauf dans la mesure où il est prévu autrement par la présente loi, tout référendum est régi par les dispositions de la Loi électorale (chapitre E-3.3) alors en vigueur et qui sont énumérées à l'appendice 2, en y effectuant, le cas échéant, les modifications qui y sont indiquées.

Les règlements adoptés en vertu de la Loi électorale et tout décret adopté en vertu de cette loi s'appliquent compte tenu des changements nécessaires à un référendum.

L'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire* intègre donc des dispositions de la *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, tout en les modifiant pour les adapter aux situations référendaires. L'article 45 de la *Loi sur la consultation populaire* prévoit que le directeur général des élections doit faire imprimer une version de la *Loi électorale*, telle que modifiée par l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*:

45. Le directeur général des élections doit faire imprimer une version spéciale de la Loi électorale (chapitre E-3.3) en y retranchant les articles qui n'apparaissent pas à l'appendice 2, en y incorporant les articles de cette loi qui apparaissent à cet appendice et en y effectuant les modifications indiquées à cet appendice.

En préparant cette version, le directeur général des élections peut modifier les titres et sous-titres de cette loi.

Le directeur général des élections fait également imprimer une version spéciale des règlements adoptés en vertu des articles 549 et 550 de la Loi électorale.

Le directeur général des élections a de ce fait publié la *Version spéciale de la Loi électorale pour la tenue d'un référendum* (ci-après nommée «*Version spéciale*») qui facilite la lecture de l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*.

Toutes les dispositions législatives contestées en l'espèce sont des dispositions de la *Loi électorale* modifiées par l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*, soit les art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417. Toutefois, afin de faciliter la tâche au lecteur, nous renverrons aux dispositions contestées telles qu'elles figurent dans la *Version spéciale*:

402. The cost of any goods or services used during the referendum period to promote or oppose, directly or indirectly, an option submitted to a referendum is a regulated expense.

403. In the case of goods or services used both during and before a referendum period, the part of the cost thereof which constitutes a regulated expense shall be established according to a method based on the frequency of use during the referendum period compared to the frequency of use before and during the referendum period.

404. The following are not regulated expenses:

(1) the cost of publishing articles, editorials, news, interviews, columns or letters to the editor in a newspaper, periodical or other publication, provided that they are published without payment, reward or promise of payment or reward, that the newspaper, periodical or other publication is not established for the purposes or in view of the referendum and that the circulation and frequency of publication are as what obtains outside the referendum period;

(2) the cost at fair market value of producing, promoting and distributing a book that was planned to be put on sale at the prevailing market price regardless of the issue of the writ;

(3) the cost of broadcasting by a radio or television station of a program of public affairs, news or commentary, provided that the program is broadcast without payment, reward or promise of payment or reward;

(4) the reasonable expenses incurred by a person, out of his own money, for meals and lodging while travelling for referendum purposes, if the expenses are not reimbursed to him;

(5) the transportation costs of a person, paid out of his own money, if the costs are not reimbursed to him;

(6) the reasonable expenses incurred for the publication of explanatory commentaries on this Act and the regulations thereunder, provided the commentaries are strictly objective and contain no publicity of such a nature as to favour or oppose an option submitted to a referendum;

(7) the reasonable ordinary expenses incurred for the day-to-day operations of not more than two permanent offices of an authorized party the addresses of which are entered in the registers of the chief electoral officer;

402. Est une dépense réglementée le coût de tout bien ou service utilisé pendant la période référendaire pour favoriser ou défavoriser, directement ou indirectement, une option soumise à la consultation populaire.

403. Dans le cas d'un bien ou d'un service utilisé à la fois pendant la période référendaire et avant celle-ci, la partie de son coût qui constitue une dépense réglementée est établie selon une formule basée sur la fréquence d'utilisation pendant la période référendaire par rapport à cette fréquence avant et pendant cette période.

404. Ne sont pas considérés comme dépenses réglementées:

1° la publication, dans un journal ou autre périodique, d'articles, d'éditoriaux, de nouvelles, d'entrevues, de chroniques ou de lettres de lecteurs, à la condition que cette publication soit faite sans paiement, récompense ou promesse de paiement ou de récompense, qu'il ne s'agisse pas d'un journal ou autre périodique institué aux fins ou en vue du référendum et que la distribution et la fréquence de publication n'en soient pas établies autrement qu'en dehors de la période référendaire;

2° le coût de production, de promotion et de distribution selon les règles habituelles du marché de tout livre dont la vente, au prix courant du marché, était prévue malgré la prise du décret;

3° la diffusion par un poste de radio ou de télévision d'une émission d'affaires publiques, de nouvelles ou de commentaires, à la condition que l'émission soit faite sans paiement, récompense ou promesse de paiement ou de récompense;

4° les dépenses raisonnables faites par une personne, à même ses propres deniers, pour se loger et se nourrir pendant un voyage à des fins d'une consultation populaire, si ces dépenses ne lui sont pas remboursées;

5° les frais de transport d'une personne, payés à même ses propres deniers, si ces frais ne lui sont pas remboursés;

6° les dépenses raisonnables faites pour la publication de commentaires explicatifs de la présente loi et de ses règlements, pourvu que ces commentaires soient strictement objectifs et ne contiennent aucune publicité de nature à favoriser ou à défavoriser une option soumise à la consultation populaire;

7° les dépenses raisonnables ordinairement faites pour l'administration courante d'au plus deux bureaux permanents d'un parti autorisé dont l'adresse est inscrite aux registres du directeur général des élections;

(8) interest accrued from the beginning of the referendum period to the day occurring 90 days after polling day, on any loan lawfully granted to an official agent for regulated expenses, unless the official agent has declared them as regulated expenses in his return of regulated expenses;

(9) the costs of holding a meeting, which must not exceed \$600, including the cost of renting a hall and of convening the participants, provided the meeting is not directly or indirectly organized on behalf of a national committee.

For the purposes of subparagraph 7 of the first paragraph, the permanent office of an authorized party is the office where the employees of the party or of a body associated with it for the purpose of attaining its objects and recognized by the leader of the party for such a purpose by a letter addressed to the chief electoral officer before the seventh day following the issue of the writ, work on a permanent basis, outside the referendum period, at ensuring the dissemination of the party's political program and coordinating the political action of the party members.

406. . . .

The official agent may authorize them [the deputies or the local agent of each electoral division whom he has appointed with the approval of the chairman of the national committee] to incur or authorize regulated expenses up to the amount he fixes in their deeds of appointment. The amount may be changed at any time, in writing, by the official agent before he files his return of regulated expenses.

413. During a referendum period, only the official agent of a national committee, his deputy or a local agent may incur or authorize regulated expenses.

414. An official agent, his deputy or a local agent shall pay the cost of regulated expenses only out of a referendum fund.

416. No person may accept or execute an order for regulated expenses not given or authorized by the official agent of a national committee, his deputy, a local agent or authorized advertising agency.

417. No person may, for goods or services whose cost is wholly or partly a regulated expense, claim or receive a price different from the regular price for similar goods

8° les intérêts courus entre le début de la période référendaire et le quatre-vingt-dixième jour qui suit le jour du scrutin sur tout prêt légalement consenti à un agent officiel pour des dépenses réglementées à moins qu'il ne les ait déclarées comme telles dans son rapport de dépenses réglementées;

9° les frais, non supérieurs à 600 \$, engagés pour la tenue d'une réunion, y compris la location de la salle et la convocation des participants, pourvu que cette réunion ne soit pas organisée directement ou indirectement pour le compte d'un comité national;

Aux fins du paragraphe 7° du premier alinéa, le bureau permanent d'un parti autorisé est le bureau où, en vue d'assurer la diffusion du programme politique de ce parti et de coordonner l'action politique de ses membres, travaillent en permanence, hors de la période référendaire, des employés du parti ou d'un organisme qui y est associé en vue de la réalisation de ses objets et que le chef du parti a reconnu à cette fin par lettre adressée au directeur général des élections avant le septième jour qui suit la prise du décret.

406. . . .

L'agent officiel peut les mandater [les adjoints ou l'agent local de chaque circonscription qu'il aura nommés avec l'approbation du président du comité national] pour faire ou pour autoriser des dépenses réglementées jusqu'à concurrence du montant qu'il fixe dans leur acte de nomination. Ce montant peut être modifié en tout temps, par écrit, par l'agent officiel, avant la remise de son rapport de dépenses réglementées.

413. Pendant une période référendaire, seul l'agent officiel d'un comité national, son adjoint ou un agent local peuvent faire ou autoriser des dépenses réglementées.

414. Un agent officiel, son adjoint ou un agent local ne peuvent défrayer le coût d'une dépense réglementée qu'à même un fonds du référendum.

416. Il est interdit à qui que ce soit de recevoir ou exécuter une commande de dépenses réglementées qui n'est pas faite ou autorisée par l'agent officiel d'un comité national, son adjoint, un agent local ou une agence de publicité autorisée.

417. Nul ne peut, pour un bien ou des services dont tout ou partie du coût représente une dépense réglementée, réclamer ou recevoir un prix différent du prix courant

or services outside the referendum period nor may he accept a different remuneration or renounce payment.

A person may, however, contribute his personal services and the use of his vehicle without remuneration, provided that he does so freely and not as part of his work in the service of an employer.

7 As already mentioned, the *Referendum Act* read together with the *Special Version* sets out a series of measures relating to the organization of a referendum. The Act applies during a “referendum period”, which is defined as “the period beginning on the day of the writ instituting the holding of a referendum and ending on polling day” (s. 1). The government’s writ is issued after the National Assembly has approved the question or adopted the bill that is to be submitted to a referendum (ss. 7 and 13).

8 Chapter VIII of the *Referendum Act* concerns the organization of a referendum campaign. Upon the adoption by the National Assembly of a question or bill that is to be submitted to a referendum, the secretary general of the National Assembly must inform the chief electoral officer thereof and send every member of the National Assembly a notice to the effect that they may, within five days after the adoption of the question or bill, register with the chief electoral officer in favour of one of the options submitted to the referendum (s. 22). Members of the National Assembly who register for an option form the provisional committee for that option (s. 23 para. 1). If no members have registered in favour of one of the options within the prescribed time, the chief electoral officer invites electors to form a provisional committee for that option (s. 23 para. 2). The number of provisional committees is thus equal to the number of options submitted to the referendum. After the provisional committees have been formed, the chief electoral officer calls a meeting at which the members of each provisional committee are to establish the national committee in favour of their option, adopt the by-laws that will govern it and appoint its

pour un tel bien ou de tels services fournis en dehors de la période référendaire, ni accepter une autre rémunération, ni y renoncer.

Une personne peut cependant fournir sans rémunération ses services personnels et l’usage de son véhicule à la condition qu’elle le fasse librement et non comme partie de son travail au service d’un employeur.

Comme nous l’avons mentionné, la *Loi sur la consultation populaire*, lue de pair avec la *Version spéciale*, énonce une série de mesures pour assurer l’organisation d’un référendum. La loi s’applique pendant la «période référendaire» qui est définie comme «la période qui commence le jour du décret ordonnant la tenue d’un référendum et qui se termine le jour du scrutin» (art. 1). Le décret du gouvernement est pris une fois que l’Assemblée nationale a approuvé la question ou adopté le projet de loi à soumettre à la consultation populaire (art. 7 et 13).

Le chapitre VIII de la *Loi sur la consultation populaire* porte sur l’organisation de la campagne référendaire. Dès que l’Assemblée nationale adopte une question ou un projet de loi qui sera soumis à la consultation populaire, le secrétaire général de l’Assemblée nationale doit, d’une part, en informer le directeur général des élections et, d’autre part, envoyer un avis à tous les membres de l’Assemblée nationale leur annonçant qu’ils peuvent, dans les cinq jours de l’adoption de la question ou du projet de loi, s’inscrire auprès du directeur général des élections en faveur d’une des options soumises à la consultation populaire (art. 22). Les membres de l’Assemblée nationale qui s’inscrivent pour une option forment le comité provisoire de cette option (art. 23 al. 1). Si aucun membre ne s’est inscrit en faveur d’une des options dans le délai imparti, le directeur général des élections invite des électeurs à former un comité provisoire pour cette option (art. 23 al. 2). Le nombre de comités provisoires créés est donc égal au nombre d’options soumises à la consultation populaire. Après la formation des comités provisoires, le directeur général des élections convoque une réunion au cours de laquelle les membres de chaque comité provisoire sont appelés à créer le comité national en faveur de leur option,

chairman (s. 23 para. 3). The by-laws are adopted on a majority basis (s. 25).

Section 24 of the *Referendum Act* reads as follows:

24. The by-laws governing a national committee may determine any matter relating to its proper operation, including the name under which it is to be known and the manner in which it is to be established.

Such by-laws may also provide for the setting up of local authorities of this committee in each electoral division, provided that each of these authorities is authorized by the chairman of the national committee.

These by-laws must furthermore provide for the affiliation to the committee of groups which are favourable to the same option and see to the establishment of the norms, conditions and formalities governing the affiliation and financing of these groups.

This section thus provides, *inter alia*, that the by-laws adopted by the provisional committee govern all matters relating to the establishment and operation of the national committee. The third paragraph of s. 24 adds that the by-laws must provide for the affiliation of groups favourable to the same option and ensure the financing of such groups. Groups wishing to participate in a referendum campaign for a given option can therefore either directly join the national committee supporting the same option or affiliate themselves with it. Thus, a group that disagrees with the strategy proposed by the national committee advocating the same option as it does could affiliate itself with the national committee rather than joining it directly.

Division IV of Chapter VIII of the *Referendum Act* provides for the financing of the national committees and imposes limits on the amounts each national committee and its affiliated groups can spend. The national committees and their affiliated groups have a right to incur "regulated expenses" (this term will be defined *infra*), which must in all cases be paid out of a "referendum fund" (s. 36). The only amounts that can be paid into each national committee's referendum fund are: (a) the government subsidy provided for in s. 40; (b) any

à adopter les règlements qui le régiront et à nommer son président (art. 23 al. 3). Ces règlements sont adoptés à la majorité (art. 25).

L'article 24 de la *Loi sur la consultation populaire* édicte:

24. Les règlements régissant un comité national peuvent déterminer toutes les matières relatives à son bon fonctionnement y compris le nom sous lequel il sera connu et la façon dont il sera constitué.

Ces règlements peuvent également prévoir la mise sur pied d'instances de ce comité au niveau de chaque circonscription électorale, pourvu que chacune de ces instances soit autorisée par le président du comité national.

Ces règlements doivent de plus prévoir l'affiliation au comité de groupes favorables à la même option et voir à l'établissement des normes, conditions et modalités régissant l'affiliation et le financement de ces groupes.

Cet article prévoit donc, entre autres, que les règlements adoptés par le comité provisoire régissent toute matière relative à la constitution et au fonctionnement du comité national. Le troisième alinéa de l'art. 24 énonce aussi que les règlements doivent prévoir l'affiliation de groupes qui sont favorables à la même option et s'assurer de veiller au financement de ces groupes. Les groupes qui souhaitent participer à une campagne référendaire pour une option donnée ont donc la possibilité soit de s'inscrire directement au comité national soutenant la même option, soit de s'y affilier. Ainsi, un groupe qui, par exemple, est en désaccord avec la stratégie proposée par le comité national qui défend la même option que la sienne, pourrait s'y affilier plutôt que de s'y associer directement.

La section IV du chapitre VIII de la *Loi sur la consultation populaire* prévoit le financement des comités nationaux et les limites des montants que chaque comité national ainsi que ses groupes affiliés peuvent dépenser. Les comités nationaux et leurs groupes affiliés ont le droit d'engager des dépenses dites réglementées (expression dont la définition sera donnée ci-après). Ces dépenses réglementées doivent être faites exclusivement à partir d'un «fonds du référendum» (art. 36). Les seules sommes qui peuvent être versées dans le

amounts transferred or loaned to the fund by the official representative of a political party authorized under Title III of the *Election Act*, provided that the total of these amounts from all parties does not exceed \$0.50 per elector in the aggregate of the electoral divisions; and (c) any contributions directly paid by an elector out of his or her own property (s. 37). In the case of these last contributions, the maximum amount that each elector can contribute to each national committee in the same referendum is \$3000 (s. 91 *Special Version*). Finally, regardless of the size of the referendum fund available to a national committee, the committee and its affiliated groups may not incur regulated expenses greater than the equivalent of \$1 per elector (s. 426 *Special Version*). Thus, if there are 3 million electors in the province, the total of the regulated expenses incurred by each national committee and its affiliated groups may not exceed \$3 million. This is the “ceiling” on spending to which each committee is subject.

fonds du référendum de chaque comité national sont: a) la subvention de l'État prévue à l'art. 40; b) les sommes transférées ou prêtées au fonds par le représentant officiel d'un parti politique autorisé en vertu du titre III de la *Loi électorale* pourvu que la totalité de ces sommes par l'ensemble des partis ne dépasse pas 0,50 \$ par électeur dans l'ensemble des circonscriptions électorales; et c) les contributions versées directement par un électeur provenant de ses propres biens (art. 37). En ce qui a trait à ces dernières contributions, chaque électeur ne peut fournir plus de 3000 \$ à chacun des comités nationaux au cours d'un même référendum (art. 91 *Version spéciale*). Finalement, quel que soit le montant du fonds du référendum mis à la disposition d'un comité national, ce comité et ses groupes affiliés ne peuvent engager des dépenses réglementées qui soient supérieures à l'équivalent de 1 \$ par électeur (art. 426 *Version spéciale*). Ainsi, par exemple, s'il y a 3 millions d'électeurs dans la province, la totalité des dépenses réglementées engagées par chaque comité national et ses groupes affiliés ne peut dépasser la somme de 3 millions de dollars. Il s'agit du «plafond» de dépenses imposé à chaque comité.

11

Regulated expenses are defined as “[t]he cost of any goods or services used during the referendum period to promote or oppose, directly or indirectly, an option submitted to a referendum” (s. 402 *Special Version*). Section 403 *Special Version* complements s. 402; it sets out how to calculate the part of the cost of goods or services used both during and before the referendum period that constitutes a regulated expense. Each national committee has an official agent to incur its regulated expenses (s. 405 *Special Version*) who is appointed by the chairman of the national committee. The official agent may authorize deputies or local agents he or she has appointed to incur or authorize regulated expenses up to the amount the official agent has fixed in their deeds of appointment (s. 406 paras. 2 and 3 *Special Version*). The official agent may change this amount at any time before filing his or her return of regulated expenses (s. 406 para. 3 *Special Version*). During the referendum period, only the official agent of a national committee or his or her deputies or local agents may incur or

Les dépenses réglementées sont définies comme «le coût de tout bien ou service utilisé pendant la période référendaire pour favoriser ou défavoriser, directement ou indirectement, une option soumise à la consultation populaire» (art. 402 *Version spéciale*). L'article 403 *Version spéciale* est un complément de l'art. 402; il énonce comment calculer la partie du coût qui constitue une dépense réglementée d'un bien ou d'un service utilisé à la fois pendant la période référendaire et avant celle-ci. Chaque comité national a un agent officiel pour faire ses dépenses réglementées (art. 405 *Version spéciale*). Cet agent officiel est nommé par le président du comité national. L'agent officiel peut mandater des adjoints ou des agents locaux qu'il a lui-même nommés pour faire ou pour autoriser des dépenses réglementées jusqu'à concurrence du montant qu'il fixe lui-même dans leur acte de nomination (art. 406 al. 2 et 3 *Version spéciale*). L'agent officiel peut modifier le montant fixé en tout temps avant le dépôt de son rapport de dépenses réglementées (art. 406 al. 3 *Version spéciale*).

authorize regulated expenses (s. 413 *Special Version*); furthermore, these regulated expenses must necessarily be paid out of the national committee's referendum fund (s. 414 *Special Version*). No one may accept or execute an order for regulated expenses not given or authorized by a national committee's official agent, his or her deputy, a local agent or an authorized advertising agency (s. 416 *Special Version*). Nor may any one claim or receive a different price for goods or services whose cost is wholly or partly a regulated expense; however, a person may provide personal services and the use of his or her vehicle, provided that this is done without monetary consideration and freely, and not as part of his or her work in the service of an employer (s. 417 *Special Version*).

Section 404 *Special Version* sets out nine exceptions to the definition of regulated expenses. These exceptions constitute expenses that may be incurred without the approval of a national committee's official agent, his or her deputy or a local agent. These unregulated expenses include in particular: (1) the cost of publishing articles, editorials and certain other types of documents, provided that they are published without payment; (2) the cost of producing, promoting and distributing a book that was planned to be put on sale at the prevailing market price before the writ was issued; (3) the cost of broadcasting, by radio or television, of a program of public affairs, news or commentary, provided that the program is broadcast without payment; (4) reasonable expenses incurred by a person out of his or her own money for meals and lodging while travelling for referendum purposes together with his or her transportation costs, provided that these expenses and costs are not reimbursed to the person; and (5) the costs, to a maximum of \$600, of holding a meeting, including the cost of renting a hall and of convening the participants, provided that the meeting is not directly or indirectly organized on behalf of a national committee.

Pendant la période référendaire, seul l'agent officiel d'un comité national, ses adjoints ou ses agents locaux ont le droit de faire ou d'autoriser des dépenses réglementées (art. 413 *Version spéciale*); en outre, ces dépenses réglementées doivent obligatoirement provenir du fonds du référendum du comité national (art. 414 *Version spéciale*). Personne n'a le droit de recevoir ou d'exécuter une commande de dépenses réglementées qui n'est pas faite ou qui n'est pas autorisée par l'agent officiel d'un comité national, son adjoint, un agent local ou une agence de publicité autorisée (art. 416 *Version spéciale*). De plus, personne ne peut réclamer ou recevoir un prix différent pour un bien ou un service dont le coût représente en partie ou totalement une dépense réglementée; toutefois, une personne peut offrir ses services personnels et l'usage de son véhicule, à la condition que ce soit fait sans contrepartie financière et de façon libre et non comme partie de son travail au service d'un employeur (art. 417 *Version spéciale*).

L'article 404 *Version spéciale* prévoit neuf exceptions à la définition de dépenses réglementées. Ces exceptions constituent des dépenses qui ne nécessitent pas l'approbation d'un agent officiel, de son adjoint ou d'un agent local d'un comité national pour être engagées. Ces dépenses non réglementées comprennent principalement: (1) la publication d'articles, d'éditoriaux, et d'autres types d'écrits en autant que la publication soit faite sans paiement; (2) le coût de production, de promotion et de distribution d'un livre dont la vente, au prix courant du marché, était prévue avant la prise du décret; (3) la diffusion à la radio ou à la télévision d'une émission d'affaires publiques, de nouvelles ou de commentaires, pourvu que cette diffusion soit faite sans paiement; (4) les dépenses raisonnables faites par une personne, à même ses propres deniers, pour se loger et se nourrir, pendant un voyage pour les fins d'une consultation populaire, ainsi que ses frais de transport à la condition que ces dépenses et ces frais ne lui soient pas remboursés; (5) les frais, pour un maximum de 600 \$, engagés pour la tenue d'une réunion, y compris la location de la salle et la convocation de participants, à la condition que cette réunion ne soit pas organisée directement ou indirectement pour le compte d'un comité national.

13 Finally, the *Referendum Act* also provides for the establishment of a Conseil du référendum, which has exclusive jurisdiction to hear any judicial proceedings relating to a referendum and to the application of the Act (ss. 2 to 6). The Conseil is composed of three judges of the Court of Québec. Its decisions are final and without appeal, although an appeal lies to the Court of Appeal on a question of law from a decision rendered by the Conseil under s. 41 or 42.

III — Judgments in Appeal

Superior Court, [1992] R.J.Q. 2141

14 In the Superior Court, Mr. Libman and the Equality Party maintained that the impugned provisions infringe freedom of expression and freedom of association in three ways: first, by limiting contributions by individuals and referendum spending, second, by requiring that regulated expenses be incurred through a national committee, and third, by limiting groups or individuals wishing to participate without supporting either option (for example, by advocating abstention) to unregulated expenses.

15 With respect to the first ground, Michaud J. concluded that while the limits placed by the Act on referendum contributions and spending infringe freedom of expression, the infringement can be justified in a free and democratic society. In his view, these limits have a laudable objective, [TRANSLATION] “namely to try to give both options comparable means of expressing themselves and prevent the most powerful from obtaining a favourable outcome through a barrage of publicity” (p. 2147), and the impairment is minimal in relation to the resulting gains for democracy. The appellant subsequently abandoned this ground on appeal.

16 With respect to the second ground, Michaud J. concluded that the requirement that regulated expenses be incurred through the national committees does not infringe the freedoms of expression and association. He based this conclusion on the

Finally, the *Loi sur la consultation populaire* prévoit aussi la création d’un Conseil du référendum qui a compétence exclusive pour entendre toute procédure judiciaire relative à une consultation populaire et à l’application de la loi (art. 2 à 6). Ce Conseil est composé de trois juges de la Cour du Québec. Ses décisions sont finales et sans appel; toutefois, il peut être interjeté appel sur une question de droit devant la Cour d’appel relative à une décision rendue par le Conseil en vertu des art. 41 ou 42.

III — Les jugements dont appel

Cour supérieure, [1992] R.J.Q. 2141

Devant la Cour supérieure, M. Libman et le Parti Égalité plaident que les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d’expression et à la liberté d’association de trois façons: premièrement, en limitant les contributions des particuliers et les dépenses référendaires, deuxièmement, en imposant l’obligation de passer par un comité national pour pouvoir faire des dépenses réglementées et, troisièmement, en limitant les groupes ou les individus qui voudraient intervenir sans appuyer l’une ou l’autre option (par exemple, en favorisant l’abstention) aux seules dépenses non réglementées.

En ce qui concerne le premier moyen, le juge Michaud conclut que les limites imposées par la loi aux contributions et aux dépenses référendaires constituent une atteinte à la liberté d’expression, mais que celle-ci est justifiable dans une société libre et démocratique. Selon lui, ces limites visent un objectif louable, «soit celui de tenter de donner aux deux options des moyens comparables de s’exprimer et d’empêcher que les plus puissants, par un barrage publicitaire, s’approprient un résultat favorable» (p. 2147), et l’atteinte est minimale par rapport aux gains qui en découlent pour la démocratie. Ce moyen sera par la suite abandonné par l’appellant devant les instances d’appel.

Quant au deuxième moyen, le juge Michaud conclut que l’obligation de passer par les comités nationaux pour faire des dépenses réglementées ne viole pas les libertés d’expression et d’association. Il fonde cette conclusion sur le fait que la loi

fact that the Act does not require groups wishing to promote one option to join the national committee representing that option, but also provides that such groups may affiliate themselves with the national committee if they disagree with the strategy it proposes. He pointed out that the court must assume that the by-laws on affiliation adopted by the national committees will be consistent with the rights conferred by the charters. He then added the following at p. 2152:

[TRANSLATION] Should the by-laws adopted by the national committee with which the applicants wish to be affiliated prove to be unfair or inequitable for them, they can take the matter to the Conseil du référendum pursuant to ss. 2 and 3 of the Act.

Finally, concerning the third ground, Michaud J. pointed out that a group or individual wishing to campaign without supporting either option nevertheless indirectly promotes one of the two options. That is why the freedom of expression of that group or individual is limited to unregulated expenses. Michaud J. concluded that this infringement can be justified in a free and democratic society both because the Act does not absolutely prohibit all expressive activities but limits them to the exceptions set out in s. 404 *Special Version* and because a [TRANSLATION] “restriction on independent referendum spending seems necessary to maintain the balance between the opposing forces” (p. 2157). In his view, the limits imposed by s. 404 *Special Version* seemed acceptable, so it was not open to the court to substitute its own definition thereof for that of the legislature.

Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2015

In the Court of Appeal, Mr. Libman no longer challenged either the principle of national committees (operation and funding) or the need to limit referendum spending. All he sought was the right for any individual or group to campaign independently of the national committees on the same basis as them, that is, the right to receive funding and to incur regulated expenses within certain limits.

n’oblige pas les groupes voulant promouvoir une option à s’inscrire auprès du comité national représentant cette option, mais prévoit également la possibilité pour ces groupes de s’y affilier s’ils sont en désaccord avec la stratégie proposée par le comité national. Il souligne que le tribunal doit présumer que les règlements qu’adopteront les comités nationaux concernant l’affiliation seront conformes aux droits conférés par les chartes. Puis, il ajoute, à la p. 2152:

Si les règlements adoptés par le comité national auquel les requérants désireront s’affilier se révélaient injustes ou inéquitables pour eux, ils pourront, en vertu des articles 2 et 3 de la loi, en saisir le Conseil du référendum.

Enfin, concernant le troisième moyen, le juge Michaud souligne qu’un groupe ou un individu qui veut faire campagne sans appuyer l’une ou l’autre option favorise tout de même indirectement l’une des deux options. La liberté d’expression de ce groupe ou de cet individu est donc limitée aux dépenses non réglementées. Le juge Michaud conclut que cette atteinte est justifiable dans une société libre et démocratique, d’une part, parce que la loi n’interdit pas totalement toutes les activités expressives mais les limite aux exceptions prévues à l’art. 404 *Version spéciale* et, d’autre part, parce qu’une «limitation des dépenses référendaires des indépendants paraît nécessaire pour maintenir l’équilibre entre les forces qui s’affrontent» (p. 2157). Selon lui, les limites imposées par l’art. 404 *Version spéciale* paraissent acceptables. Il n’appartient donc pas au tribunal de se substituer au législateur pour les redéfinir.

Cour d’appel, [1995] R.J.Q. 2015

Devant la Cour d’appel, M. Libman ne conteste plus le principe des comités nationaux (fonctionnement et financement), ni la nécessité de plafonner les dépenses référendaires. Il réclame uniquement le droit pour tout individu ou groupe de faire campagne indépendamment des comités nationaux, au même titre que ceux-ci, c’est-à-dire le droit d’accéder à du financement et d’effectuer des dépenses réglementées dans le cadre de certaines limites.

Bisson J.A.

19 Bisson J.A. concluded that the impugned provisions infringe the freedom of political expression, which is one of the most basic forms of freedom of expression. He did not see, however, how these provisions could infringe freedom of association, since [TRANSLATION] “the [only] constraints placed on [citizens] relate to the money they can invest and the vehicles they can use” (p. 2021).

20 In Bisson J.A.’s view, this infringement can be justified in a free and democratic society. He began by mentioning the extent of the work that led to the adoption of the *Referendum Act* and the need to give the legislature some leeway. He then acknowledged the importance of the objective of the impugned provisions, namely to ensure a balance in the financial resources available to the proponents of each option submitted for the referendum so as to promote the healthy exercise of democracy. He noted that s. 24 of the *Referendum Act* provides that affiliated groups may be formed that are parallel to the national committees and that s. 404 *Special Version* provides for certain forms of communication that every citizen is free to use. According to Bisson J.A., bearing the objective of the provisions in mind, there is no valid alternative to the present system that would warrant the intervention of the courts. He stated, at p. 2025: [TRANSLATION] “The present system seems to me to be the least disadvantageous for citizens.”

Delisle J.A.

21 Delisle J.A. also concluded that the impugned provisions restrict the freedom of expression of individuals wishing to campaign independently of the national committees, since these provisions allow them to express their political ideas only by means of unregulated expenses (s. 404 *Special Version*). He added that the impugned provisions restrict political expression, which is the most important form of expression in a democracy. He then acknowledged that certain restrictions on this

Le juge Bisson

Le juge Bisson conclut que les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d’expression politique, l’une des formes les plus fondamentales de la liberté d’expression. Il ne voit cependant pas comment ces dispositions pourraient contrevenir à la liberté d’association, puisque «c’est [seulement] au niveau des dépenses qu’[un citoyen] peut investir et des véhicules qu’il peut utiliser qu’il est soumis à des contraintes» (p. 2021).

Selon le juge Bisson, cette atteinte est justifiable dans le cadre d’une société libre et démocratique. Il souligne d’abord l’étendue des travaux qui ont entouré l’adoption de la *Loi sur la consultation populaire* et la nécessité de laisser au législateur une certaine marge de manœuvre. Puis, il reconnaît l’importance de l’objectif visé par les dispositions contestées, soit celui d’assurer un équilibre entre les ressources financières des tenants de chaque option soumise à la consultation de manière à favoriser le sain exercice de la démocratie. Il rappelle, d’une part, que l’art. 24 de la *Loi sur la consultation populaire* prévoit la possibilité que des groupes affiliés puissent se former de manière parallèle aux comités nationaux et, d’autre part, que l’art. 404 *Version spéciale* prévoit certains modes de communication que tout citoyen est libre d’employer. Selon le juge Bisson, si on garde à l’esprit l’objectif visé par les dispositions, il n’existe pas d’alternative valable au système actuel qui justifierait l’intervention des tribunaux. Il affirme, à la p. 2025: «Le système actuel m’apparaît le moins désavantageux pour le citoyen.»

Le juge Delisle

Le juge Delisle arrive lui aussi à la conclusion que les dispositions contestées restreignent la liberté d’expression des individus qui voudraient faire campagne de manière indépendante des comités nationaux, puisque ces dispositions ne leur laissent exprimer leurs idées politiques que par le biais de dépenses non réglementées (art. 404 *Version spéciale*). Il souligne également que les dispositions contestées limitent l’expression politique, soit la forme la plus importante d’expression dans

form of expression may be justified to ensure the proper functioning of democracy.

According to Delisle J.A., this infringement is justified under s. 1 of the Canadian *Charter*. He defined the objective of the Act as follows, at p. 2049:

[TRANSLATION] The purpose of the Act is to promote participation by citizens in the governing of public affairs, in order to resolve certain major questions of political life. The Act also seeks to promote equality between the options submitted by the government.

To ensure this equality, Delisle J.A. considered it reasonable for the legislature to limit spending by third parties, at p. 2051:

[TRANSLATION] If the legislature takes the trouble to regulate the spending and financing of the national committees to ensure that each is on an equal footing, it would be illogical to permit certain groups wishing to act on their own to conduct campaigns as they see fit. They would place one option at an advantage or a disadvantage by allowing more to be spent on its behalf.

There is thus a rational connection between the restrictions imposed and the objective of the Act. He added that it could be seen from the evidence that the legislature had made a genuine effort in good faith to find the measure that would impair freedom of expression as little as possible while respecting the objective of the Act. He noted that the expression of independent individuals and groups is not totally fettered, that the Act provides for a possibility of affiliation, that the court must assume that the rules relating to affiliation will be consistent with the charters and that the Act provides for recourse to the Conseil du référendum should difficulties arise. In his view, it can be concluded on the basis of these factors that there is a balance between the deleterious effects of the restrictions and the objective pursued by the legislature. He concluded by stating that the salutary effects of the restrictions outweigh their deleterious effects, since the provisions guarantee a balance in the information conveyed by the propo-

une démocratie. Puis, il reconnaît qu'il est possible que certaines limitations à cette forme d'expression soient justifiées pour le bon fonctionnement de la démocratie.

Selon le juge Delisle, cette atteinte est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne. Il définit ainsi l'objectif de la loi, à la p. 2049:

Le but de la loi est de favoriser la participation des citoyens dans la gouverne des affaires publiques, pour régler certaines grandes questions de la vie politique. La loi cherche aussi à favoriser l'égalité des options soumises par le gouvernement.

Pour assurer cette égalité, il est logique, selon le juge Delisle, que le législateur limite les dépenses que peuvent faire les tiers, à la p. 2051:

Si le législateur prend la peine de réglementer les comités nationaux dans leurs dépenses et leur financement afin que chacun puisse se retrouver sur un pied d'égalité, il serait illogique que certains groupes, désirent faire bande à part, puissent faire une campagne à leur guise. Ils avantageraient ou désavantageraient une option en permettant de plus importantes dépenses en sa faveur.

Il existe donc un lien rationnel entre les restrictions imposées et l'objectif de la loi. Il ajoute que la preuve démontre que le législateur a fait, de bonne foi, de réels efforts pour trouver le moyen qui porterait le moins possible atteinte à la liberté d'expression tout en respectant l'objectif visé par la loi. Il rappelle que l'expression des indépendants n'est pas entièrement entravée, que la loi prévoit la possibilité de s'affilier, que la cour doit présumer que les règles entourant l'affiliation seront conformes aux chartes et que la loi prévoit un recours au Conseil du référendum en cas de difficulté. Selon lui, ces éléments permettent de conclure qu'il existe un équilibre entre les effets préjudiciables des restrictions et l'objectif poursuivi par le législateur. Il termine en affirmant qu'il est manifeste que les effets bénéfiques des restrictions l'emportent sur leurs effets préjudiciables, puisque les dispositions assurent un équilibre entre les informations véhiculées

nents of the different options, thus promoting an informed vote by the people.

Brossard J.A. (dissenting in part)

23

According to Brossard J.A., the impugned provisions clearly restrict the [TRANSLATION] “freedom of political expression in its noblest aspect, in relation to the exercise of the most fundamental political right that exists in a democracy, namely the expression of a citizen’s political choice when called to vote in a referendum” (p. 2027). He pointed out that the bipolar system established by the Act — two committees representing the two options submitted to the referendum — disregards a broad range of public opinion. He was also of the view that the independent third parties whose freedom of expression is limited to unregulated expenses include not only those wishing to participate, either individually or as a group, without supporting either option, but also, and especially, those who wish to support an option but cannot join the committee because they disagree with its strategy or cannot affiliate themselves with it because they are not members of a “group”.

24

Like his colleagues, Brossard J.A. stressed the importance of the objective of the impugned provisions, namely to ensure that voting is both free and informed. He also recognized that there is a rational connection between the objective of the Act and [TRANSLATION] “the principle of the means chosen to attain it, namely the control and restriction of expenses incurred for advertising or promotional purposes during the ‘referendum period’” (p. 2031). Although he recognized the need to show a certain deference to the legislature’s choice, Brossard J.A. concluded that the impugned provisions do not satisfy the minimal impairment test. He began by noting the importance of the freedom at issue and then added that it had not been shown that restrictions as severe as those imposed in s. 404 *Special Version* are necessary to attain the objective of the Act. He stated the following, at p. 2043:

[TRANSLATION] In my view, the minimum acceptable limit or restriction, and the one most directly connected

par les tenants des différentes options favorisant ainsi un vote éclairé au sein de la population.

Le juge Brossard (dissident en partie)

Selon le juge Brossard, les dispositions contestées restreignent clairement la «liberté d’expression politique dans son aspect le plus noble, dans le cadre de l’exercice du droit politique le plus fondamental qui soit dans une démocratie, c’est-à-dire l’expression du choix politique à l’occasion d’une consultation populaire où les citoyens sont appelés à voter» (p. 2027). Il souligne que le système bipolaire institué par la loi — deux comités représentant les deux options soumises à la consultation — met de côté un large éventail d’opinion publique. En outre, il est d’avis que les tiers indépendants dont la liberté d’expression est restreinte aux dépenses non réglementées comprennent non seulement ceux qui, individuellement ou en groupe, voudraient intervenir sans appuyer l’une ou l’autre option, mais aussi et surtout ceux qui veulent appuyer une option mais ne peuvent pas s’inscrire au comité parce qu’ils sont en désaccord avec sa stratégie ou ne peuvent pas s’affilier parce qu’ils ne font pas partie d’un «groupe».

À l’instar de ses collègues, le juge Brossard souligne l’importance de l’objectif visé par les dispositions contestées, soit celui d’assurer que le vote soit libre et éclairé. Il reconnaît également l’existence d’un lien rationnel entre l’objectif visé par la loi et «le principe du ou des moyens choisis pour l’atteindre, soit le contrôle et la limitation des dépenses engagées, à des fins publicitaires ou promotionnelles, à l’intérieur de la période dite référendaire» (p. 2031). Bien qu’il reconnaisse la nécessité de faire preuve d’une certaine réserve face aux choix du législateur, le juge Brossard conclut que les dispositions contestées ne franchissent pas le critère de l’atteinte minimale. Il rappelle d’abord l’importance de la liberté en cause, puis il ajoute qu’il n’a pas été démontré que des restrictions aussi sévères que celles imposées à l’art. 404 *Version spéciale* sont nécessaires pour atteindre l’objectif visé par la loi. Il affirme, à la p. 2043:

À mon avis, la limite ou la restriction minimale acceptable et la plus directement reliée à l’objectif recherché en

to the objective, would be one that merely imposes a reasonable and justifiable ceiling on regulated expenses incurred by independent third parties, who would then be free to express their opinions and points of view in accordance with rational standards concerning the expenses required to express those points of view and opinions.

Brossard J.A. added that in his view the deleterious effect of the impugned provisions outweighed the salutary effect, since it had not been shown that it would be impossible to monitor compliance with the ceilings imposed without an almost total prohibition on spending by independent third parties. He even questioned the effectiveness of the measures imposed in relation to the objective of the Act.

Brossard J.A. would have declared ss. 413, 414, 416 and 417 and the words “provided that they are published without payment, reward or promise of payment or reward” in s. 404(1), the words “provided that the program is broadcast without payment, reward or promise of payment or reward” in s. 404(3) and the words “submitted to a referendum” in s. 402 to be of no force or effect, and would have left it to the legislature to establish a ceiling it considered reasonable for independent individuals and groups.

IV — Constitutional Questions at Issue

On October 21, 1996, the following two constitutional questions were stated:

- (1) Do ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of the *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, as amended by Appendix 2 of the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1, adopted under s. 44 of the *Referendum Act*, violate in whole or in part s. 2(b) and/or s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
- (2) If they do, do these sections or any of them constitute a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V — Analysis

A. *Constitutional Infringements*

serait une qui imposerait uniquement un plafonnement raisonnable et justifiable aux dépenses réglementées des tiers indépendants, lesquels demeureraient alors libres d'exprimer leurs opinions et leurs points de vue, à l'intérieur des normes rationnelles quant aux dépenses requises pour exprimer ce point de vue et cette opinion.

Le juge Brossard croit également que l'effet préjudiciable des dispositions contestées l'emporte sur l'effet bénéfique, puisqu'il n'a pas été démontré que, sans une interdiction quasi-totale des dépenses des indépendants, il serait impossible de contrôler le respect des plafonds imposés. Il met même en doute l'efficacité des mesures imposées au regard de l'objectif visé par la loi.

Le juge Brossard aurait déclaré inopérants les art. 413, 414, 416, 417, et les art. 404 par. 1^o quant aux mots «à la condition que cette publication soit faite sans paiement, récompense ou promesse de paiement ou de récompense», 404 par. 3^o quant aux mots «à la condition que cette émission soit faite sans paiement, récompense ou promesse de paiement ou de récompense», et 402 quant aux mots «soumise à la consultation populaire», laissant au législateur le soin d'établir le plafond qu'il considère raisonnable pour les indépendants.

IV — Les questions constitutionnelles en litige

Le 21 octobre 1996, les deux questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

- (1) Les articles 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de la *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, modifiés par l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1, établi en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur la consultation populaire*, violent-ils, en tout ou en partie, l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 2d) de cette loi ou ces deux dispositions?
- (2) Si oui, est-ce que ces articles ou l'un d'entre eux constituent, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

V — Analyse

A. *Les violations constitutionnelles*

25

26

27

The appellant submits that the impugned legislation infringes the freedom of political expression and the freedom of association guaranteed by the Canadian *Charter*. He argues that if he wishes to conduct a referendum campaign independently of the national committees, his freedom of political expression will be limited to unregulated expenses. Conversely, if he wishes to be able to incur regulated expenses, he will have to join or affiliate himself with one of the national committees.

L'appelant soutient que la législation contestée viole la liberté d'expression politique et la liberté d'association garanties par la *Charte* canadienne. Il soutient que s'il veut mener une campagne référendaire indépendamment des comités nationaux, sa liberté d'expression politique sera limitée aux seules dépenses non réglementées. À l'inverse, s'il souhaite pouvoir faire des dépenses réglementées, il sera obligé de s'associer ou de s'affilier à l'un des comités nationaux.

28

The Court has consistently and frequently held that freedom of expression is of crucial importance in a democratic society (e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). In *Edmonton Journal*, *supra*, at p. 1336, Cory J. wrote eloquently about how fundamental this freedom is in any democracy:

L'importance cruciale de la liberté d'expression dans une société démocratique a souvent été soulignée dans la jurisprudence de la Cour (par exemple: *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731). Le juge Cory, dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1336, exprime de façon éloquente l'aspect fondamental de cette liberté dans toute démocratie:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(b) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances. [Emphasis added.]

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2b) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2b) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs. [Nous soulignons.]

Freedom of expression was not created by the Canadian *Charter* but rather was entrenched in the Constitution in 1982 as one of the most fundamen-

Cette liberté d'expression n'a pas été créée par la *Charte* canadienne mais plutôt consacrée constitutionnellement en 1982 comme l'une des valeurs les

tal values of our society (see, for example, *Switzman v. Elbling*, *supra*, at pp. 306-7).

In *Keegstra*, *supra*, at pp. 763-64, Dickson C.J. stressed the paramount importance for Canadian democracy of freedom of expression in the political realm:

Moving on to a third strain of thought said to justify the protection of free expression, one's attention is brought specifically to the political realm. The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all. [Emphasis added.]

Political expression is at the very heart of the values sought to be protected by the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter. (See also *Edmonton Journal*, *supra*, at pp. 1355-56; *Zundel*, *supra*, at pp. 752-53.)

Irwin Toy, *supra*, laid down the tests for infringement of freedom of expression. The Court must ask, first, whether the form of expression at issue is protected by s. 2(b) and, second, whether the purpose or effect of the impugned legislation is to restrict that form of expression.

The appellant claims the right to conduct a referendum campaign independently of the national committees and with the same type of regulated expenses. Is this form of expression protected by s. 2(b)? The Court favours a very broad interpretation of freedom of expression in order to extend the guarantee under the Canadian Charter to as

plus fondamentales de notre société (voir par d'exemple l'arrêt *Switzman c. Elbling*, précité, aux pp. 306 et 307).

Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, aux pp. 763 et 764, le juge en chef Dickson souligne le caractère primordial dans la démocratie canadienne de la liberté d'expression dans le domaine politique:

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large mesure à l'engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d'expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu'elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu'elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d'y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L'État ne saurait en conséquence entraver l'expression d'une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu'à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l'égalité de tous. [Nous soulignons.]

L'expression politique est au cœur même des valeurs que cherche à protéger la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la Charte canadienne. (Voir aussi *Edmonton Journal*, précité, à la p. 1355; *Zundel*, précité, aux pp. 752 et 753.)

L'arrêt *Irwin Toy*, précité, énonce les critères de l'atteinte à la liberté d'expression. Premièrement, la Cour doit se demander si le moyen d'expression revendiqué est couvert par la protection de l'al. 2b) et, deuxièmement, elle doit déterminer si la loi contestée a pour objet ou pour effet de limiter ce moyen d'expression.

L'appelant revendique le droit de faire une campagne référendaire indépendamment des comités nationaux avec le même type de dépenses réglementées. Ce moyen d'expression est-il protégé par l'al. 2b)? La Cour favorise une interprétation très large de la liberté d'expression afin d'étendre la garantie de la Charte canadienne au plus grand

29

30

31

many expressive activities as possible. Unless the expression is communicated in a manner that excludes the protection, such as violence, the Court recognizes that any activity or communication that conveys or attempts to convey meaning is covered by the guarantee of s. 2(b) of the Canadian Charter (*Irwin Toy, supra*, at p. 970; *Zundel, supra*, at p. 753).

32 There is no doubt that the appellant is attempting to convey meaning through the form of communication at issue; he wishes to express his opinions on the referendum question independently of the national committees by means of expenses that are included in the definition of "regulated expenses". This is a form of political expression that is clearly protected by s. 2(b) of the Canadian Charter.

33 It remains to be determined whether the provisions challenged by the appellant restrict freedom of expression. Sections 402 and 403 *Special Version* establish the principle of "regulated expenses" during a referendum period. These expenses include the cost of any goods or services that promote or oppose, directly or indirectly, an option submitted to a referendum. Under s. 406 para. 3 and s. 413 *Special Version*, only an official agent of a national committee or one of his or her representatives may incur or authorize regulated expenses. Section 414 *Special Version* provides that regulated expenses may be paid only out of the referendum fund, which is available only to the national committees. Under s. 416 *Special Version*, no person may accept or execute an order for regulated expenses unless they are incurred or authorized by the official agent of a national committee or by one of his or her representatives. In s. 417 *Special Version*, the legislature has provided that no person may receive a price different from the regular price in payment of a regulated expense. Finally, s. 404 *Special Version* lists exceptions to regulated expenses, which are very restrictive. As has already been mentioned, the unregulated expenses listed in s. 404 comprise primarily forms of expression that do not require the disbursement of money or financial consideration. The only disbursement of money permitted is the maximum

nombre d'activités expressives possibles. À moins que l'expression ne soit communiquée d'une manière qui exclut la protection, telle la violence, la Cour reconnaît que toute activité ou communication qui transmet ou tente de transmettre un message est comprise dans la garantie de l'al. 2b) de la Charte canadienne (*Irwin Toy*, précité, à la p. 970; *Zundel*, précité, à la p. 753).

Il ne fait pas de doute que l'appelant cherche à transmettre un message par le moyen de communication revendiqué; il souhaite exprimer ses opinions au sujet de la question référendaire de façon indépendante des comités nationaux par le biais de dépenses qui sont comprises dans la définition de «dépenses réglementées». Il s'agit d'un moyen d'expression politique qui est manifestement protégé par l'al. 2b) de la Charte canadienne.

Il reste à déterminer si les dispositions contestées par l'appelant restreignent la liberté d'expression. Les articles 402 et 403 *Version spéciale* établissent le principe des «dépenses réglementées» pendant la période référendaire. Ces dépenses englobent le coût de tout bien ou service qui favorise ou défavorise, directement ou indirectement, une option soumise à la consultation populaire. En vertu de l'art. 406 al. 3 et de l'art. 413 *Version spéciale*, seul un agent officiel d'un comité national, ou l'un de ses représentants, peut effectuer ou autoriser des dépenses réglementées. L'article 414 *Version spéciale* mentionne que les dépenses réglementées ne peuvent être faites qu'à même le fonds du référendum et ce dernier n'est disponible qu'aux comités nationaux. Selon l'art. 416 *Version spéciale*, personne ne peut recevoir ou exécuter une commande de dépenses réglementées à moins que celles-ci ne soient faites ou autorisées par l'agent officiel d'un comité national ou par l'un de ses représentants. Par l'article 417 *Version spéciale*, le législateur prévoit que nul ne peut, en paiement d'une dépense réglementée, recevoir un prix différent du prix courant. Finalement, l'art. 404 *Version spéciale* énumère des exceptions aux dépenses réglementées qui sont très restrictives. Comme nous l'avons déjà mentionné, les dépenses non réglementées énoncées à l'art. 404 comprennent surtout les modes d'expression qui ne

amount of \$600 for organizing and holding a meeting.

Thus, to be able to incur regulated expenses, the Act requires that a person belong either to one of the national committees or to a group affiliated with one of the committees. Since the definition of regulated expenses is very broad, most of the expenses incurred to campaign during a referendum period fall into this category reserved exclusively for the national committees or affiliated groups. Certain categories of persons therefore do not have access to regulated expenses during a referendum campaign, in particular:

(1) persons who, either individually or as a group, would like to support one of the options submitted to the referendum but who do not wish to join or affiliate themselves with the national committee supporting the same option as they do — for a variety of reasons — are limited to the unregulated expenses set out in s. 404 *Special Version*;

(2) individuals who, while supporting one of the options submitted to the referendum, cannot join the national committee campaigning for that option directly — because they do not wish to identify their political ideas with those promoted by that committee or because they disagree with that committee's referendum strategy, for example — cannot even affiliate themselves because the possibility of affiliation provided for in s. 24 of the *Referendum Act* is restricted to "groups". They are thus limited to the unregulated expenses provided for in s. 404 *Special Version*;

(3) persons who, either individually or as a group, wish to participate in the referendum campaign without supporting either of the options — if they advocate abstention or are against the referendum question as worded, for example — cannot directly join or affiliate themselves with one of the national committees. They are thus limited to the forms of

requièrent pas un déboursement d'argent ou une contrepartie financière. Le seul déboursement d'argent permis est le montant maximal de 600 \$ pour l'organisation et la tenue d'une réunion.

Ainsi, afin de pouvoir faire des dépenses réglementées, la loi exige que l'on fasse soit partie d'un des comités nationaux, soit partie d'un groupe affilié à l'un des comités. La définition de dépenses réglementées étant très large, la plupart des dépenses effectuées pour faire campagne pendant la période référendaire tombent dans cette catégorie réservée exclusivement aux comités nationaux ou aux groupes affiliés. Certaines catégories de personnes n'ont donc pas accès aux dépenses réglementées pendant la campagne référendaire, notamment:

(1) les personnes qui, individuellement ou en groupe, souhaitent appuyer l'une ou l'autre option soumise à la consultation populaire mais qui ne veulent pas s'associer directement ni s'affilier au comité national soutenant la même option que la leur — pour des motifs divers — sont restreintes aux dépenses non réglementées énoncées à l'art. 404 *Version spéciale*;

(2) la personne seule qui, tout en soutenant une des options soumises à la consultation populaire, ne peut pas s'associer directement au comité national faisant campagne pour cette option — car elle ne veut pas identifier ses idées politiques avec celles promues par ce comité ou parce qu'elle est en désaccord avec la stratégie référendaire menée par ce comité, par exemple — ne peut même pas s'affilier, car la possibilité d'affiliation prévue à l'art. 24 de la *Loi sur la consultation populaire* n'est réservée qu'aux «groupes». Elle est donc limitée aux seules dépenses non réglementées prévues à l'art. 404 *Version spéciale*;

(3) les personnes qui, individuellement ou en groupe, désirent participer à la campagne référendaire sans appuyer aucune des options soumises — par exemple si elles prônent l'abstention ou sont contre la question référendaire telle que posée — ne peuvent pas s'associer directement ni s'affilier à l'un des comités nationaux. Elles sont donc res-

communication set out in s. 404 *Special Version*, that is, to unregulated expenses.

treintes aux seuls moyens de communication prévus à l'art. 404 *Version spéciale*, soit aux dépenses non réglementées.

35 The Act accordingly places restrictions on such persons who, unlike the national committees, cannot incur regulated expenses during the referendum period in order to express their opinions and points of view. This clearly infringes their freedom of political expression. There is no doubt that freedom of expression includes the right to employ any methods, other than violence, necessary for communication.

La loi impose donc des restrictions à ces personnes qui ne peuvent effectuer des dépenses réglementées pendant la période référendaire, au même titre que les comités nationaux, afin d'exprimer leurs opinions et leurs points de vue. Il s'agit là d'une atteinte claire à la liberté d'expression politique de ces personnes. Il ne fait aucun doute que la liberté d'expression inclut le droit de déployer les moyens, autres que la violence, nécessaires à la communication.

36 Freedom of association is also infringed for similar reasons. As was pointed out earlier, there are groups that cannot incur expenses independently of the national committees to promote or oppose, directly or indirectly, one of the options submitted to a referendum. The forms of expression available to these groups are restricted. In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, Sopinka J. stated, *inter alia*, that the protection provided for in s. 2(d) includes the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals. He relied on the reasons of Le Dain and McIntyre JJ. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313. Le Dain J. made the following connection between freedom of association and freedom of expression, at p. 391:

La liberté d'association est également violée pour des raisons analogues. Comme nous l'avons souligné précédemment, certains groupes ne peuvent pas engager de façon indépendante des comités nationaux des dépenses qui favorisent ou défavorisent, directement ou indirectement, une des options soumises à la consultation populaire. Ces groupes voient leurs moyens d'expression restreints. Dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, le juge Sopinka déclare, entre autres, que la protection prévue à l'al. 2d) inclut celle de l'exercice collectif des droits et libertés individuels garantis par la Constitution. Il s'appuie sur les motifs du juge Le Dain et du juge McIntyre dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313. Le juge Le Dain fait le lien suivant entre la liberté d'association et la liberté d'expression, à la p. 391:

Freedom of association is particularly important for the exercise of other fundamental freedoms, such as freedom of expression and freedom of conscience and religion.

La liberté d'association est particulièrement importante pour l'exercice d'autres libertés fondamentales comme la liberté d'expression et la liberté de conscience et de religion.

McIntyre J. stated the following, at p. 407:

Le juge McIntyre précise, à la p. 407:

It is, I believe, equally clear that . . . freedom of association should guarantee the collective exercise of constitutional rights. Individual rights protected by the Constitution do not lose that protection when exercised in common with others.

À mon avis, il est également clair que [. . .] la liberté d'association doit garantir l'exercice collectif de droits constitutionnels. Les droits individuels garantis par la Constitution ne sauraient perdre cette protection lorsqu'ils sont exercés collectivement.

37 In the case at bar, there are both individuals and groups whose freedom of expression is restricted

En l'espèce, autant certains individus que certains groupes voient leur liberté d'expression res-

by the impugned legislation. These groups therefore cannot freely exercise one of the rights protected by the Canadian *Charter*, namely freedom of expression; their freedom of association is accordingly infringed. The infringement of freedom of association and the infringement of freedom of expression are closely related, and we shall analyse them together.

B. Justification for the Violation: Section 1 of the Canadian Charter

The analytical approach developed by the Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, serves as a guide for determining whether an infringement can be justified in a free and democratic society. Certain clarifications were made regarding the third step of the proportionality test in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Thus, the Court must first ask whether the objective the statutory restrictions seek to promote responds to pressing and substantial concerns in a democratic society, and then determine whether the means chosen by the government are proportional to that objective. The proportionality test involves three steps: the restrictive measures chosen must be rationally connected to the objective, they must constitute a minimal impairment of the violated right or freedom and there must be proportionality both between the objective and the deleterious effects of the statutory restrictions and between the deleterious and salutary effects of those restrictions.

The Attorney General must show that the statutory restrictions can be justified under s. 1 of the Canadian *Charter*. The standard of proof to be used is the civil standard, namely proof on a balance of probabilities (*Oakes*, *supra*, at p. 137). Scientific proof is not required to meet this standard: "the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at p. 333). Referendum campaigns fall within the

treinte par la législation contestée. Ces groupes ne peuvent donc pas exercer librement un des droits protégés par la *Charte* canadienne, soit la liberté d'expression; leur liberté d'association est par le fait même atteinte. La violation de la liberté d'association et la violation de la liberté d'expression sont étroitement reliées et nous les analyserons ensemble.

B. La justification de la violation: l'article premier de la Charte canadienne

La grille d'analyse formulée par la Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, sert de guide pour déterminer si une violation peut se justifier dans une société libre et démocratique. Certaines précisions quant à la troisième étape du volet de la proportionnalité ont été apportées dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Le tribunal doit donc, d'une part, se demander si l'objectif que les restrictions législatives visent à promouvoir répond à des préoccupations urgentes et réelles d'une société démocratique et, d'autre part, déterminer si les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à l'objectif visé. Ce volet de la proportionnalité comporte trois étapes: les mesures restrictives choisies doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif, elles doivent constituer une atteinte minimale au droit ou à la liberté en question et il doit exister une proportionnalité entre l'objectif et les effets préjudiciables des restrictions législatives ainsi qu'entre les effets préjudiciables de ces dernières et leurs effets bénéfiques.

Il incombe au procureur général de démontrer que les restrictions législatives peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte* canadienne. La norme de preuve à utiliser est celle applicable en matière civile, soit la preuve selon la prépondérance des probabilités (*Oakes*, précité, à la p. 137). Afin de satisfaire à cette norme, il n'est pas nécessaire de faire une preuve scientifique: «la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique» (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, à la p. 333). Les campagnes référendaires partici-

realm of social science, which does not lend itself to precise proof.

(1) Objective of the Act

40

The basic objective of the Act at issue is to guarantee the democratic nature of referendums by promoting equality between the options submitted by the government and seeking to promote free and informed voting. It provides for control of spending by the national committees during a referendum campaign, as well as control of spending by independent individuals or groups who do not wish to or who cannot join or affiliate themselves with either of the national committees, in order to promote a certain equality of access to media of expression. Professor Peter Aucoin, who was called by the Attorney General of Quebec to testify as an expert on the Canadian electoral and referendum system, explained the objective of the impugned provisions of the *Referendum Act* as follows:

The purpose of spending limits in an election or a referenda [*sic*] campaign is to promote fairness as a primary value or objective of the democratic process.

Fairness is promoted in order to ensure that to the greatest extent possible that various sides in an election or a referenda [*sic*] have a reasonable equal opportunity to present their case to voters in the hopes that their case will influence the vote and that voters themselves will have a reasonable opportunity to hear the various views put forward by the participants before they cast their vote. [Case on Appeal, at pp. 28-29.]

41

Thus, the objective of the Act is, first, egalitarian in that it is intended to prevent the most affluent members of society from exerting a disproportionate influence by dominating the referendum debate through access to greater resources. What is sought is in a sense an equality of participation and influence between the proponents of each option. Second, from the voters' point of view, the system is designed to permit an informed choice to be made by ensuring that some positions are not buried by others. Finally, as a related point, the sys-

tem du domaine des sciences sociales et ce domaine ne se prête pas à une preuve exacte.

(1) L'objectif de la loi

La loi en litige a pour objectif fondamental de garantir le caractère démocratique de la consultation populaire en favorisant l'égalité entre les options soumises par le gouvernement et en cherchant à favoriser un vote libre et éclairé. Elle prévoit un contrôle des dépenses des comités nationaux pendant la campagne référendaire ainsi qu'un contrôle des dépenses des indépendants, c'est-à-dire des personnes ou des groupes qui ne veulent ou qui ne peuvent ni s'inscrire ni s'affilier à aucun des comités nationaux et ce, afin de promouvoir une certaine égalité dans l'accès aux moyens d'expression. Le professeur Peter Aucoin, présenté à titre de témoin-expert en système électoral et référendaire canadien par le procureur général du Québec, a expliqué l'objectif des dispositions contestées de la *Loi sur la consultation populaire* comme suit:

[TRADUCTION] Les restrictions de dépenses dans une campagne électorale ou référendaire ont pour objet de favoriser l'équité en tant que valeur ou objectif primordiaux du processus démocratique.

L'équité est favorisée pour assurer le plus possible que les différents partis dans une élection ou un référendum aient une possibilité égale raisonnable de soumettre leur option aux électeurs dans l'espoir qu'elle influencera le vote et que les électeurs eux-mêmes auront, avant de voter, une possibilité raisonnable d'entendre les différentes opinions mises de l'avant par les participants. [Dossier, aux pp. 28 et 29.]

Ainsi, l'objectif de la loi est d'abord égalitaire en ce qu'il vise à empêcher les éléments les plus fortunés de la société d'exercer une influence disproportionnée en dominant le débat référendaire par des moyens supérieurs. Il s'agit en quelque sorte d'une égalité de participation et d'influence entre les tenants de chaque option. En second lieu, du point de vue de ceux qui votent, le régime vise à permettre un choix éclairé en s'assurant que certaines positions ne soient pas enterrées par d'autres. Finalement, et de façon connexe, le

tem is designed to preserve the confidence of the electorate in a democratic process that it knows will not be dominated by the power of money.

The appellant himself conceded that the objective of the impugned legislation is of pressing and substantial importance in a democratic society. In our view, the pursuit of an objective intended to ensure the fairness of an eminently democratic process, namely a referendum on a question of public interest, is a highly laudable one.

(2) Proportionality Test

(a) *Rational Connection*

The Court must determine whether there is a rational connection between the restrictions imposed by the legislature and the legislature's objective.

The Quebec legislature has provided for two means to attain its objective: first, limiting referendum spending in order to ensure that each option will be entitled to comparable financial resources and to prevent either option from unduly influencing the outcome because it has access to significantly greater financial resources than its adversaries; second, preventing unlimited spending by third parties in order to avoid an imbalance in the level of spending permitted for each option. It is this second means that the appellant is challenging in the name of the freedoms of expression and association. The appellant submits that independent individuals and groups who do not wish to or cannot join or affiliate themselves with one of the national committees are unjustifiably limited to the unregulated expenses provided for in the Act.

To better understand the rational connection between the objective of the Act and the statutory restrictions, it will be helpful to consider the 1991 report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing, which the Attorney General of Quebec adduced in evidence (*Reforming Electoral Democracy: Final Report*

régime vise à préserver la confiance de l'électorat dans un processus démocratique qu'il saura ne pas être dominé par la puissance de l'argent.

L'appelant reconnaît lui-même que l'objectif de la législation contestée revêt une importance urgente et réelle dans une société démocratique. À notre avis, la poursuite d'un objectif visant à assurer le caractère juste et équitable d'un processus éminemment démocratique, soit la consultation populaire sur des questions d'intérêt public, est des plus louables.

(2) Le volet de la proportionnalité

(a) *Le lien rationnel*

La Cour doit déterminer s'il existe un lien rationnel entre les restrictions imposées par le législateur et l'objectif poursuivi par celui-ci.

Le législateur québécois a prévu deux moyens d'atteindre son objectif: premièrement, plafonner le niveau des dépenses référendaires afin d'assurer d'une part que chaque option aura droit à des ressources financières comparables et d'autre part qu'aucune option n'influencera indûment le résultat parce qu'elle dispose de moyens financiers nettement plus élevés que ses adversaires; et, deuxièmement, empêcher les tiers de dépenser de façon illimitée et ce, afin d'éviter un déséquilibre au niveau des dépenses financières permises pour chaque option. C'est ce deuxième moyen qui est contesté par l'appelant au nom des libertés d'expression et d'association. L'appelant soutient que les indépendants qui ne veulent pas ou qui ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux sont limités de façon injustifiée aux seules dépenses non réglementées prévues par la loi.

Afin de mieux saisir le lien rationnel entre l'objectif de la loi et les restrictions législatives, il est utile d'examiner le rapport de 1991 de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis présenté en preuve par le procureur général du Québec (*Pour une démocratie électorale renouvelée: rapport final* (1991), vol. 1). Cette

42

43

44

45

(1991), vol. 1). This federal Commission, better known as the Lortie Commission, was established in 1989 to inquire into the Canadian electoral system and customs. Its mandate was to present a series of recommendations aimed at improving and preserving the democratic character of federal elections in Canada.

Commission fédérale, mieux connue sous le nom de Commission Lortie, avait été formée en 1989 pour étudier le système électoral et les mœurs électORALES au Canada. Elle avait pour mandat d'énoncer une série de recommandations afin d'améliorer et de préserver le caractère démocratique des élections fédérales au Canada.

46 Although the referendum system is different from the electoral system, in that the popular vote concerns a specific question and is not necessarily binding on the government whereas in an election the people vote to elect their political representatives for a specific mandate, the same principles underlying election legislation should in general be applicable to referendum legislation (see Cory J.'s comments on the subject in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1050). There are enough points of similarity between the two systems to draw such a parallel. Both involve setting up a procedural structure allowing for public discussion of political issues essential to governing the country or province and designed to ensure that the majority principle is adopted. In both elections and referendums, voters can freely express their choice after being informed of the issues during the election or referendum campaign, as the case may be.

Bien que le système de référendum se distingue du système électoral, en ce que le vote populaire porte sur une question particulière et qu'il ne lie pas nécessairement le gouvernement alors que, dans une élection, la population vote pour élire ses représentants politiques pour un mandat déterminé, les mêmes principes qui sous-tendent les lois électORALES devraient en général pouvoir s'appliquer aux lois référendaires (voir les commentaires du juge Cory à ce sujet, à la p. 1050 dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995). En effet, les deux systèmes présentent suffisamment d'affinités pour établir ce rapprochement. Dans les deux cas, il s'agit de mettre en place une structure procédurale permettant la discussion publique de questions politiques essentielles au gouvernement du pays ou de la province et visant à assurer à cet égard la réalisation du principe majoritaire. Comme les électeurs, ceux qui votent à un référendum ont la possibilité d'exprimer librement leur choix après avoir été informés des enjeux à l'occasion d'une campagne électorale ou référendaire, suivant le cas.

47 The Lortie Commission pointed out that expenses incurred in an election campaign — advertising, for example — have a considerable impact on the outcome of the vote (Lortie Commission, *supra*, at pp. 324 and 339; testimony of Professor Peter Aucoin, Case on Appeal, at pp. 36-37, 94 and 131). It recognized that spending limits are essential to ensure the primacy of the principle of fairness in democratic elections. The principle of electoral fairness flows directly from a principle entrenched in the Constitution: that of the political equality of citizens. If the principle of fairness in the political sphere is to be preserved, it cannot be presumed that all persons have the same financial resources to communicate with the electorate (Lortie Commission, *supra*, at p. 324). To ensure a right of equal participation in democratic govern-

La Commission Lortie a souligné que les dépenses faites dans une campagne électorale — par exemple la publicité — ont un impact considérable sur l'issue du vote (Commission Lortie, *op. cit.*, aux pp. 336 et 352; témoignage du professeur Peter Aucoin, dossier, aux pp. 36 et 37, 94 et 131). Elle a reconnu que le plafonnement des dépenses est essentiel pour assurer la primauté du principe d'équité dans les élections démocratiques. Le principe d'équité en matière électorale découle directement d'un principe consacré par la Constitution, soit le principe d'égalité politique des citoyens et citoyennes. À cet égard, si l'on veut préserver le principe d'équité dans le domaine politique, on ne peut présumer que tous et toutes disposent des mêmes moyens financiers pour communiquer avec l'électorat (Commission Lortie, *op. cit.*, à la

ment, laws limiting spending are needed to preserve the equality of democratic rights and ensure that one person's exercise of the freedom to spend does not hinder the communication opportunities of others. Owing to the competitive nature of elections, such spending limits are necessary to prevent the most affluent from monopolizing election discourse and consequently depriving their opponents of a reasonable opportunity to speak and be heard. Spending limits are also necessary to guarantee the right of electors to be adequately informed of all the political positions advanced by the candidates and by the various political parties. Thus, the principle of fairness presupposes that certain rights or freedoms can legitimately be restricted in the name of a healthy electoral democracy (Lortie Commission, *supra*, at p. 323). Elections are fair and equitable only if all citizens are reasonably informed of all the possible choices and if parties and candidates are given a reasonable opportunity to present their positions so that election discourse is not dominated by those with access to greater financial resources (Lortie Commission, *supra*, at p. 324). It should also be noted that 93 percent of the respondents to a national survey conducted by the Lortie Commission supported limits on spending by political parties (Lortie Commission, *supra*, at p. 334). This high percentage shows that the majority of Canadians agree with limiting election spending in order to promote fairness as a fundamental value of democracy.

For spending limits to be fully effective, they must apply to all possible election expenses, including those of independent individuals and groups. According to the Lortie Commission, the definition of election expenses must be sufficiently broad to include the cost of any goods and services used during an election campaign to promote or oppose, directly or indirectly, a candidate or politi-

p. 336). Afin d'assurer un droit de participation égale dans le gouvernement démocratique, des lois prévoyant des limitations au niveau des dépenses sont nécessaires pour préserver l'égalité des droits démocratiques, et veiller à ce que l'exercice de la liberté de dépenser des uns n'entrave pas les possibilités de communication des autres. En raison de la nature compétitive des élections, cette limitation des dépenses est nécessaire pour empêcher que les plus nantis ne s'approprient le discours électoral et privent ainsi leurs adversaires de la possibilité raisonnable de s'exprimer et d'être entendus. Cette limitation des dépenses est également nécessaire pour garantir le droit des électeurs et des électrices d'être adéquatement informés de toutes les positions politiques proposées par les candidats ou candidates et par les différents partis politiques. Ainsi, le principe d'équité présuppose que certains droits ou libertés peuvent être restreints de façon légitime au nom d'une démocratie électorale saine (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 335). Les élections n'ont de caractère juste et équitable que si tous les citoyens et citoyennes sont raisonnablement informés de tous les choix possibles et que l'on donne une possibilité raisonnable aux partis, aux candidats et aux candidates d'exposer leur position afin que le débat électoral ne soit pas dominé par ceux qui ont accès à des moyens financiers plus importants (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 336). Notons par ailleurs qu'une enquête menée au niveau national par la Commission Lortie a démontré que 93 pour 100 des répondants étaient en faveur de la limitation des dépenses des partis politiques (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 347). Ce pourcentage élevé illustre l'appui majoritaire des Canadiens et des Canadiennes au plafonnement des dépenses électorales afin de promouvoir l'équité comme valeur fondamentale de la démocratie.

Afin que le régime de plafonnement des dépenses soit pleinement efficace, les limitations doivent s'appliquer à toutes les dépenses électorales possibles, y compris les dépenses des indépendants. Selon la Commission Lortie, la définition de dépenses électorales doit être suffisamment large pour comprendre le coût de tous les biens et les services utilisés lors d'une campagne électorale

cal party (Lortie Commission, *supra*, at pp. 339-41). Thus, such expenses should include not only those incurred by political parties and candidates, but also those incurred by independent individuals and groups unrelated to the parties and candidates (Lortie Commission, *supra*, at p. 339).

dans le but de favoriser ou de défavoriser, directement ou indirectement, un candidat ou une candidate ou un parti politique (Commission Lortie, *op. cit.*, aux pp. 352 à 354). Ainsi, ces dépenses devraient comprendre non seulement les dépenses des partis politiques et des candidats et candidates, mais également les dépenses des individus et les groupes indépendants non liés à ceux-ci (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 352).

49

The actions of independent individuals and groups can directly or indirectly support one of the parties or candidates, thereby resulting in an imbalance in the financial resources each candidate or political party is permitted. Such individuals or groups might either conduct a campaign parallel to that of one of the candidates or of a party and in so doing have a direct influence on the campaign of that candidate or party, or take a stand on a given issue and in so doing directly or indirectly promote a candidate or party identified with that issue. As the Lortie Commission pointed out in this regard, it is difficult to distinguish between partisan advocacy and advocacy by third parties in terms of influence on the vote; the objective of an election campaign is to influence the outcome of the vote, that is, the election of a candidate or of a political party. People do not vote for issues; nevertheless, the purpose or effect of the debate on the issues will be to influence the final vote. The Commission stated the following on this subject, at p. 340:

Canadian and comparative experience also demonstrate that any attempt to distinguish between partisan advocacy and issue advocacy — to prohibit spending on the former and to allow unregulated spending on the latter — cannot be sustained. At elections, the advocacy of issue positions inevitably has consequences for election discourse and thus has partisan implications, either direct or indirect: voters cast their ballots for candidates and not for issues.

Independent spending could very well have the effect of directly or indirectly promoting one candidate or political party to the detriment of the others; the purpose of limits on spending by inde-

En effet, les actions des individus et des groupes indépendants peuvent soutenir directement ou indirectement un des partis ou un des candidats ou candidates et ainsi entraîner un déséquilibre dans les ressources financières permises à chacun des candidats ou candidates ou partis politiques. Ces individus ou groupes peuvent soit mener une campagne parallèle à celle d'un des candidats ou candidates ou d'un parti et ainsi influencer directement leur campagne, soit prendre position sur des enjeux et ainsi favoriser directement ou indirectement un candidat, une candidate ou un parti qui est identifié à cet enjeu. La Commission Lortie souligne à ce chapitre qu'il est difficile de faire la distinction entre le discours partisan et le discours des tiers quant à l'influence sur le vote; en effet, l'objectif d'une campagne électorale est d'influencer le résultat du scrutin, c'est-à-dire l'élection d'un candidat, d'une candidate ou d'un parti politique. La population ne vote pas pour un enjeu; toutefois, les discours sur les enjeux auront pour but ou pour effet d'influencer le vote final. La Commission s'est exprimée comme suit sur ce sujet, aux pp. 352 et 353:

L'expérience vécue au Canada et à l'étranger démontre également qu'il est impossible, à toutes fins utiles, d'établir une distinction entre le discours partisan et la prise de position sur des enjeux particuliers. Au cours d'une campagne électorale, la mise en valeur d'un point de vue dans un dossier donné se répercute inévitablement sur le discours électoral et présente donc des implications partisans, soit directement soit indirectement; les électeurs votent pour des candidats et candidates, et non pour des enjeux.

Les dépenses indépendantes risquent fort d'avoir pour effet de favoriser directement ou indirectement un candidat, une candidate ou un parti politique au détriment des autres; la limitation des

pendent individuals and groups is to prevent their advertising or other expenditures from having a disproportionate influence on the vote (Lortie Commission, *supra*, at pp. 339-40 and 354).

It is also important to limit independent spending more strictly than spending by candidates or political parties. It cannot be presumed that equal numbers of individuals or groups will have equivalent financial resources to promote each candidate or political party, or to advocate the various stands taken on a single issue that will ultimately be associated with one of the candidates or political parties (Lortie Commission, *supra*, at pp. 337-38 and 351). While we recognize their right to participate in the electoral process, independent individuals and groups cannot be subject to the same financial rules as candidates or political parties and be allowed the same spending limits. Although what they have to say is important, it is the candidates and political parties that are running for election. Limits on independent spending must therefore be lower than those imposed on candidates or political parties. Otherwise, owing to their numbers, the impact of such spending on one of the candidates or political parties to the detriment of the others could be disproportionate.

The 1988 federal election showed clearly how independent spending could influence the outcome of voting. During the 1988 election, there were no controls on independent spending. Elections Canada was not enforcing the provisions of the *Canada Elections Act*, R.S.C. 1970, c. 14 (1st Supp.), on spending limits for individuals and groups as a result of the decision in *National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Attorney General)* (1984), 11 D.L.R. (4th) 481 (Alta. Q.B.). In that case, the National Citizens' Coalition had challenged, *inter alia*, the limits on independent spending provided for in s. 70.1 of the *Canada Elections Act* (now s. 259). That section prohibited all independent spending to directly promote or oppose candidates or political parties during an election. Medhurst J. held that this provision was an unjusti-

dépenses des indépendants a pour but d'empêcher que leurs dépenses publicitaires ou autres n'influencent outre mesure le vote (Commission Lortie, *op. cit.*, aux pp. 352 et 367).

Il est également important de limiter plus strictement les dépenses des indépendants que celles des candidats, candidates ou partis politiques. On ne peut en effet présumer qu'un même nombre d'individus ou de groupes disposera de moyens financiers équivalents pour favoriser chacun des candidats, candidates ou partis politiques, ou pour promouvoir les différentes prises de position sur un même enjeu qui sera, en bout de ligne, associé à l'un de ces candidats, candidates ou partis politiques (Commission Lortie, *op. cit.*, aux pp. 350 et 364). Tout en reconnaissant leur droit de participer au processus électoral, les individus et les groupes indépendants ne peuvent être assujettis aux mêmes règles financières que les candidats, candidates ou partis politiques et se voir allouer le même plafond de dépenses. Bien que leur voix soit importante, ce sont les candidats, candidates ou partis politiques qui se font élire. La limite financière permise aux indépendants doit donc être plus basse que celle imposée aux candidats, candidates ou partis politiques. Autrement, en raison de leur nombre, l'influence de leurs dépenses sur un des candidats, candidates ou partis politiques au détriment des autres pourrait être démesurée.

L'expérience des élections fédérales de 1988 a démontré de façon flagrante l'impact que les dépenses indépendantes pouvaient avoir sur le résultat du scrutin. Lors des élections de 1988, aucun contrôle n'assujettissait les dépenses indépendantes. En effet, les dispositions de la *Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970, ch. 14 (1^{er} supp.), touchant la limitation des dépenses des individus et des groupes n'avaient pas été appliquées par Elections Canada suite à la décision *National Citizens' Coalition Inc. c. Canada (Attorney General)* (1984), 11 D.L.R. (4th) 481 (B.R. Alb.). Dans cette affaire, la Coalition nationale des citoyens avait contesté, entre autres, la limitation des dépenses indépendantes prévue par l'art. 70.1 de la *Loi électorale du Canada* (devenu aujourd'hui l'art. 259). Cet article prévoyait l'interdiction de toute dépense

fied restriction on the freedom of expression of individuals and groups during an election. The government decided not to appeal the decision (Lortie Commission, *supra*, at p. 328). As a result, this provision was not enforced during the 1984 and 1988 general elections. During the 1988 election, independent spending on advertising exceeded \$4.7 million (Lortie Commission, *supra*, at p. 337). Most of these advertisements were directed at the issue of free trade. The statistics showed that four times as much money was spent to promote free trade as was spent to oppose it. Thus, even if this spending was not necessarily partisan, it clearly favoured the Progressive Conservative Party indirectly. That party was the only one to advocate free trade; it therefore benefited considerably from this "indirect" independent spending. The Lortie Commission drew the following conclusion from that experience, at pp. 337-38:

indépendante visant à favoriser ou à contrecarrer directement des candidats ou des candidates ou des partis politiques pendant la période électorale. Le juge Medhurst a statué que cette disposition violait de façon injustifiée la liberté d'expression des individus et des groupes en période électorale. Le gouvernement a décidé de ne pas interjeter appel de cette décision (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 340). Les élections générales de 1984 et de 1988 ont ainsi été tenues sans l'application de cette disposition. Lors des élections de 1988, les dépenses publicitaires des indépendants ont dépassé les 4,7 millions de dollars (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 350). La plupart de ces annonces portaient sur le thème du libre-échange. Or, les statistiques ont révélé que quatre fois plus d'argent a été dépensé pour promouvoir le libre-échange que pour l'opposer. Ainsi, même si ces dépenses n'étaient pas nécessairement partisans, elles ont nettement favorisé, de façon indirecte, le parti Progressiste-Conservateur. En effet ce parti était le seul à prôner le libre-échange; il a donc largement bénéficié de ces dépenses indépendantes «indirectes». La Commission Lortie a tiré la conclusion suivante de cette expérience, à la p. 350:

The 1988 election experience clearly demonstrated that advertisements promoting an issue but not explicitly exhorting voters to vote for a particular candidate or party could themselves be grossly unfair because they can constitute an endorsement of a particular party, if one party can be clearly distinguished from others on the basis of its stand on a central election issue.

L'expérience de 1988 a mis en lumière le fait suivant: des annonces concernant un enjeu donné, même si elles n'exhortent pas explicitement à voter pour un candidat ou un parti, peuvent s'avérer foncièrement injustes dans la mesure où elles servent la cause d'un parti qui se distingue clairement des autres par sa position à l'égard d'un dossier important.

52

Limits on independent spending are essential to maintain an equilibrium in the financial resources available to candidates and political parties and thus ensure the fairness of elections (Lortie Commission, *supra*, at p. 327). Furthermore, according to another survey conducted in 1991, 75 percent of Canadians supported limits on spending by interest groups (Lortie Commission, *supra*, at p. 337). These statistics also show the importance of controlling spending in order to maintain public confidence in the electoral system.

La limitation des dépenses indépendantes est primordiale pour préserver l'équilibre des moyens financiers mis à la disposition des candidats, des candidates et des partis politiques et ainsi assurer le caractère juste et équitable des élections (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 339). Par ailleurs, selon une autre enquête menée en 1991, 75 pour 100 des Canadiens et Canadiennes se sont déclarés en faveur de la limitation des dépenses des groupes d'intérêt (Commission Lortie, *op. cit.*, à la p. 349). Ces statistiques montrent également l'importance du contrôle des dépenses pour maintenir la confiance des citoyens dans le système électoral.

In our view, the Lortie Commission's comments on the importance of limits on independent spending for preserving the fairness of the Canadian electoral system should apply, *mutatis mutandis*, to the Quebec referendum system. In a referendum, "options" are submitted to voters rather than candidates or political parties. The national committees are the principal structure set up by the Quebec legislature to promote each of these options. Spending by the national committees is subject to limits to ensure that equivalent financial resources are available to the proponents of each option for addressing the public. Referendum period spending limits are essential to guarantee the fairness of the referendum. The appellant does not contest this limit on the national committees.

However, the spending limit system would lose all its effectiveness if independent spending were not also limited. Spending by individuals or groups who do not wish to or cannot join or affiliate themselves with one of the national committees must be limited for the same reasons as underlie the limits on independent spending during an election campaign. Independent spending during a referendum campaign directly or indirectly favours one of the options over the others. Even independent individuals and groups advocating abstention indirectly favour one of the options over the others (testimony of Professor Aucoin, Case on Appeal, at p. 155). Independent spending must therefore be controlled to ensure that the promotion of one of the options does not benefit from far greater financial resources. The limit on independent spending must also be stricter than that granted to the national committees. Since it cannot be assumed that each option will benefit from the same amount of independent spending in its favour, such spending must be restricted to preserve a balance in the promotion of the options and favour an informed and truly free exercise of the right to vote. In this light, the regulation of referendum spending pursues one of the objectives underlying freedom of

À notre avis, les commentaires de la Commission Lortie quant à l'importance des limitations des dépenses indépendantes pour préserver le caractère juste et équitable du système électoral canadien devraient s'appliquer, avec les ajustements nécessaires, au système référendaire québécois. Lors d'un référendum, ce sont des «options» qui sont soumises à la consultation populaire au lieu de candidats, candidates ou partis politiques. Les comités nationaux constituent la structure principale mise en place par le législateur québécois pour promouvoir chacune de ces options. Les dépenses des comités nationaux sont soumises à un plafonnement afin que les tenants de chaque option disposent de moyens financiers équivalents pour s'adresser à la population. La limitation des dépenses en période référendaire est primordiale pour garantir le caractère juste et équitable de la consultation populaire. Ce plafonnement imposé aux comités nationaux n'est pas contesté par l'appellant.

Toutefois, le système de limitation des dépenses perdrait toute son efficacité si les dépenses indépendantes n'étaient pas elles aussi limitées. Les dépenses des personnes ou des groupes qui ne veulent pas ou qui ne peuvent pas s'inscrire ou s'affilier à l'un des comités nationaux doivent être limitées pour les mêmes raisons qui sous-tendent la limitation des dépenses indépendantes pendant une campagne électorale. Les dépenses des indépendants pendant une campagne référendaire favorisent ou défavorisent, directement ou indirectement, une des options au détriment des autres. Même les indépendants qui prônent l'abstention influencent indirectement une des options au détriment des autres (témoignage du professeur Aucoin, dossier, à la p. 155). Les dépenses indépendantes doivent donc être contrôlées pour éviter que la diffusion d'une option bénéficie de moyens financiers beaucoup plus élevés. Par ailleurs, la limitation des dépenses indépendantes doit également être plus stricte que celle accordée aux comités nationaux. Puisqu'on ne peut présumer que chaque option bénéficiera d'autant de dépenses indépendantes en leur faveur, il est important de restreindre ces dépenses pour préserver l'équilibre dans la diffusion des options et favoriser un exercice éclairé et

expression, namely the ability to make informed choices (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 767).

véritablement libre du droit de vote. Ainsi envisagée, la réglementation des dépenses référendaires poursuit un des objectifs qui sous-tendent la liberté d'expression, soit la possibilité de faire des choix éclairés (*Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 767).

55 The appellant relied on *Somerville v. Canada (Attorney General)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 205, in support of his submissions concerning the unfairness of the limits on independent spending in the *Referendum Act*. In that case, the Alberta Court of Appeal declared certain provisions of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2, relating to limits on independent spending similar to the ones at issue here to be unconstitutional. Among other things, these provisions allowed third parties to incur "advertising expenses" provided that they did not exceed \$1000 and were not pooled. These advertising expenses included all expenses incurred "for the production, publication, broadcast and distribution of any advertising for the purpose of [directly] promoting or opposing" a party or candidate during an election (s. 259). In the view of the Alberta Court of Appeal, the impugned legislation violated the freedoms of expression and association guaranteed by the Canadian *Charter*. It stressed that the objective of limiting third party spending was itself inconsistent with the Canadian *Charter* because it gave preferential treatment to the expression of candidates and political parties, to the detriment of third parties.

L'appelant a invoqué l'arrêt *Somerville c. Canada (Attorney General)* (1996), 136 D.L.R. (4th) 205, à l'appui de ses arguments concernant le caractère inéquitable des limitations des dépenses indépendantes de la *Loi sur la consultation populaire*. Dans cet arrêt, la Cour d'appel de l'Alberta avait déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2, en matière de limitation des dépenses indépendantes de nature semblable à celles en litige. Entre autres, ces dispositions permettaient aux tiers de payer des «frais de publicité» pourvu que ces frais n'excèdent pas 1000 \$ et qu'ils ne soient pas mis en commun. Ces dépenses publicitaires comprenaient toutes les dépenses engagées «en vue de la production, de la publication, de la diffusion et de la distribution de toute publicité faite dans le but de favoriser ou de contrecarrer directement» un parti ou un candidat pendant une élection (art. 259). Selon la Cour d'appel de l'Alberta, la loi en litige violait les libertés d'expression et d'association garanties par la *Charte canadienne*. Elle a souligné que l'objectif de la limitation des dépenses des tiers était lui-même contraire à la *Charte canadienne* car il assurait un traitement préférentiel à l'expression des candidats et des partis politiques et ce, au détriment des tiers.

56 However, it is our view that the objective of Quebec's referendum legislation is highly laudable, as is that of the *Canada Elections Act*. We agree in this respect with the analysis of the Lortie Commission and of the expert witness P. Aucoin regarding the need to limit spending both by the principal parties (the national committees in the case of a referendum) and by independent individuals and groups in order to preserve the fairness of elections and, in the present case, referendums. The system set up by the legislature to ensure a certain equality of resources between the options submitted to a referendum and thereby enhance

À notre avis, cependant, l'objectif de la loi référendaire québécoise est fort louable, au même titre que l'objectif de la *Loi électorale du Canada*. À cet égard, nous approuvons l'analyse de la Commission Lortie et du témoin-expert P. Aucoin quant à la nécessité de limiter les dépenses à la fois des partis principaux (dans le cas d'un référendum, des comités nationaux) et des indépendants afin de préserver le caractère juste et équitable des élections et, dans le cas présent, des référendums. Des dépenses illimitées pour les indépendants ou avec un plafond similaire à celui des comités nationaux rendraient inefficace le système mis en place par le

democratic expression would become ineffective if independent individuals and groups were allowed unlimited spending or spending with a ceiling similar to that of the national committees. As we pointed out earlier, it cannot be presumed that the same financial resources will be available to the different independent individuals or groups or that those resources will be divided equally to support the various options. The legislature's objective can only be achieved through stricter limits on independent spending, which are supported by a large majority of Canadians.

The evidence adduced by the Attorney General of Quebec demonstrates the need to prevent an unequal distribution of financial resources among the options that would undermine the fairness of the referendum process. The evidence also shows that unless independent spending is controlled, any system for limiting the spending of the national committees would become futile. In our view, there is clearly a rational connection between limits on independent spending and the legislature's objective.

(b) *Minimal Impairment*

In *RJR-MacDonald*, *supra*, McLachlin J. explained the application of the minimal impairment test as follows, at p. 342:

[T]he government must show that the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective. The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement. . . .

This Court has already pointed out on a number of occasions that in the social, economic and political spheres, where the legislature must reconcile competing interests in choosing one policy among

législateur pour garantir une certaine égalité de moyens entre les options soumises à la consultation populaire et valoriser ainsi l'expression démocratique. Comme nous l'avons mentionné précédemment, on ne peut pas présumer que les divers individus ou groupes indépendants disposeront de moyens financiers identiques, ni qu'ils se répartiront également pour soutenir chacune des options. Un plafonnement plus sévère pour les dépenses des indépendants, auquel d'ailleurs une forte majorité de Canadiens et Canadiennes ont donné leur appui, est nécessaire pour mettre en œuvre l'objectif du législateur.

La preuve présentée par le procureur général du Québec démontre la nécessité d'empêcher une distribution inégale des ressources financières entre les options qui saperait l'équité du processus référendaire. La preuve démontre également que, sans un contrôle des dépenses des tiers, tout régime de limitation des dépenses pour les comités nationaux deviendrait vain. À notre avis, il existe clairement un lien rationnel entre la limitation des dépenses des indépendants et l'objectif poursuivi par le législateur.

(b) *L'atteinte minimale*

Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin explique en ces termes l'application du critère de l'atteinte minimale, aux pp. 342 et 343:

[L]e gouvernement doit établir que les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif. La restriction doit être «minimale», c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation. . . .

Notre Cour a déjà souligné à plusieurs reprises que, dans les domaines sociaux, économiques ou politiques où le législateur doit concilier des intérêts différents afin de choisir une politique parmi

57

58

59

several that might be acceptable, the courts must accord great deference to the legislature's choice because it is in the best position to make such a choice. On the other hand, the courts will judge the legislature's choices more harshly in areas where the government plays the role of the "singular antagonist of the individual" — primarily in criminal matters — owing to their expertise in these areas (*Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at pp. 304-5; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at p. 521; *RJR-MacDonald, supra*, at pp. 279 and 331-32). La Forest J.'s comment on the subject in *RJR-MacDonald, supra*, at p. 277, is perfectly apposite:

Courts are specialists in the protection of liberty and the interpretation of legislation and are, accordingly, well placed to subject criminal justice legislation to careful scrutiny. However, courts are not specialists in the realm of policy-making, nor should they be. This is a role properly assigned to the elected representatives of the people, who have at their disposal the necessary institutional resources to enable them to compile and assess social science evidence, to mediate between competing social interests and to reach out and protect vulnerable groups.

plusieurs qui pourraient être acceptables, les tribunaux doivent faire preuve d'une grande retenue face aux choix du législateur en raison de sa position privilégiée pour faire ces choix. À l'opposé, les tribunaux seront plus sévères face aux choix du législateur dans les domaines où l'État joue le rôle d'«adversaire singulier de l'individu» — principalement en matière criminelle — en raison de leur expertise dans ces domaines (*Irwin Toy, précité*, aux pp. 993 et 994; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, aux pp. 304 et 305; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, à la p. 521; *RJR-MacDonald, précité*, aux pp. 279, 331 et 332). À ce sujet, le commentaire du juge La Forest, dans l'arrêt *RJR-MacDonald, précité*, est tout à fait à propos, à la p. 277:

Les tribunaux sont des spécialistes de la protection de la liberté et de l'interprétation des lois et sont, en conséquence, bien placés pour faire un examen approfondi des lois en matière de justice criminelle. Cependant, ils ne sont pas des spécialistes de l'élaboration des politiques et ils ne devraient pas l'être. Ce rôle est celui des représentants élus de la population, qui disposent des ressources institutionnelles nécessaires pour recueillir et examiner la documentation en matière de sciences humaines, arbitrer entre des intérêts sociaux opposés et assurer la protection des groupes vulnérables.

60

The degree of constitutional protection may also vary depending on the nature of the expression at issue (*Edmonton Journal, supra*, at pp. 1355-56; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at pp. 246-47; *Keegstra, supra*, at p. 760; *RJR-MacDonald, supra*, at pp. 279-81 and 330). Since political expression is at the very heart of freedom of expression, it should normally benefit from a high degree of constitutional protection, that is, the courts should generally apply a high standard of justification to legislation that infringes the freedom of political expression.

Le degré de protection constitutionnelle peut également varier selon la nature de l'expression en cause (*Edmonton Journal, précité*, aux pp. 1355 et 1356; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, aux pp. 246 et 247; *Keegstra, précité*, à la p. 760; *RJR-MacDonald, précité*, aux pp. 279 à 281, et 330). L'expression politique étant au cœur même de la liberté d'expression, celle-ci doit normalement bénéficier d'un degré de protection constitutionnelle élevé, c'est-à-dire que les tribunaux doivent généralement appliquer une norme de justification sévère lorsqu'une loi porte atteinte à la liberté d'expression politique.

61

What is the situation in the case at bar? In answering this question, the legislature's objective, namely to enhance the exercise of the right to vote, must be borne in mind. Thus, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expres-

Qu'en est-il en l'espèce? Pour répondre à cette question, il faut tenir compte de l'objectif poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la valorisation de l'exercice du droit de vote. Ainsi, bien que les dispositions contestées restreignent d'une certaine façon l'une des formes les plus fondamentales

sion, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to arbitrate between the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. The latter is related to the very values the Canadian *Charter* seeks to protect, in particular the political equality of citizens that is at the heart of a free and democratic society. The impugned provisions impose a balance between the financial resources available to the proponents of each option in order to ensure that the vote by the people will be free and informed and that the discourse of each option can be heard. To attain this objective, the legislature had to try to strike a balance between absolute freedom of individual expression and equality among the different expressions for the benefit of all. From this point of view, the impugned provisions are therefore not purely restrictive of freedom of expression. Their primary purpose is to promote political expression by ensuring an equal dissemination of points of view and thereby truly respecting democratic traditions.

The role of the Court is to determine whether the means chosen by the legislature to attain this highly laudable objective are reasonable, while according it a considerable degree of deference since the latter is in the best position to make such choices. As Wilson J. stated in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 296, a failure to satisfy the minimal impairment test will be found only if there are measures "clearly superior to the measures currently in use".

It can be seen from the evidence that the legislature went to considerable lengths, in good faith, in order to adopt means that would be as non-intrusive as possible while at the same time respecting the objective it had set. The Quebec government first published a White Paper entitled *Consulting the People of Québec* (August 1977), which set out the objectives the government hoped to attain through referendum legislation and proposed means to attain those objectives. The government

d'expression, soit l'expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre d'arbitrer entre les valeurs démocratiques que constituent la liberté d'expression et l'équité référendaire. Cette dernière se rattache en effet aux valeurs mêmes que cherche à protéger la *Charte* canadienne, en particulier l'égalité politique des citoyens qui est au cœur d'une société libre et démocratique. En effet, les dispositions contestées imposent un équilibre entre les ressources financières des tenants de chaque option de façon à assurer que la population votera de manière libre et éclairée et que le discours de chacun pourra être entendu. Pour atteindre cet objectif, le législateur a dû chercher un équilibre entre la liberté d'expression individuelle absolue et l'égalité entre les différentes expressions pour le bienfait collectif. De ce point de vue, les dispositions contestées ne sont donc pas purement restrictives de la liberté d'expression. Elles visent avant tout à favoriser l'expression politique en assurant une diffusion égale des expressions dans le pur respect des traditions démocratiques.

Le rôle de la Cour est de déterminer si le législateur a choisi des moyens raisonnables pour atteindre cet objectif fort louable, tout en lui accordant un degré de déférence appréciable en raison de la position privilégiée de ce dernier pour faire ces choix. Comme l'affirme le juge Wilson dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 296, il devra exister des mesures «nettement supérieur[e]s aux mesures utilisées à l'heure actuelle» pour que le critère de l'atteinte minimale ne soit pas respecté.

La preuve démontre que le législateur a déployé, de bonne foi, des efforts considérables afin de mettre sur pied des moyens qui soient les moins attentatoires possibles tout en respectant l'objectif qu'il s'était fixé. Le gouvernement du Québec a d'abord publié le livre blanc intitulé *La consultation populaire au Québec* (août 1977), qui faisait état des objectifs que cherchait à atteindre le gouvernement dans le cadre d'une loi sur la consultation populaire et qui proposait des moyens d'atteindre ces

explained the objectives of the regulation of referendum spending as follows, at p. 7:

The Government hopes . . . to attain three objectives. The first is to ensure that the various factions have as close to equal chances as possible. The second is to see that referendum campaigns are based on personal financial contributions from the voters rather than from a handful of wealthy contributors. And the third is to guarantee that all the financial aspects of the campaign are made known to the public.

To do this, the government proposed a system similar to that which exists today: first, the establishment of umbrella committees for each option, which alone would be authorized to incur referendum expenses, second, the control of the spending and revenues of these committees, and, third, financial assistance provided by the government.

64

The proposal made in the White Paper on referendums was debated extensively before the Standing Committee of the President of the Council on the Constitution and Intergovernmental Affairs, when members of the National Assembly and numerous interveners submitted briefs and recommendations (see, *inter alia*: National Assembly, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales, Étude du livre blanc sur la consultation populaire (November and December 1977)). Following these debates, Robert Burns, the Minister of State for Electoral and Parliamentary Reform, tabled Bill 92, the *Referendum Act*, which was faithful to the original ideology, although the means to achieve it had been modified somewhat on the basis of certain recommendations. During second reading of Bill 92, Minister Burns made the following comments in the National Assembly, *Journal des débats*, April 5, 1978, vol. 20, No. 17, at pp. 708 and 710:

[TRANSLATION] I would therefore like to mention here that in drafting this bill the government took into account the representations made to it in the fall when

objectifs. Le gouvernement expliquait en ces termes les objectifs visés par la réglementation des dépenses référendaires, à la p. 6:

[L]e gouvernement souhaite atteindre trois objectifs. D'abord, assurer la plus grande égalité des chances possibles entre les positions en présence. Ensuite, voir à ce que la poursuite d'une campagne référendaire repose sur l'implication financière personnelle des électeurs, et non sur l'existence d'une poignée de gros bailleurs de fonds. Enfin, garantir que la population sera entièrement informée de tous les aspects financiers de la campagne référendaire.

Pour ce faire, le gouvernement proposait un système similaire à celui existant aujourd'hui, soit, premièrement, la création de comités parapluies pour chaque option en présence qui seraient les seuls à pouvoir engager des dépenses référendaires, deuxièmement, le contrôle des dépenses et des revenus de ces comités et, troisièmement, une aide financière fournie par l'État.

La proposition faite dans le livre blanc sur la consultation populaire a fait l'objet d'importants débats devant la Commission permanente de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales, alors que des membres de l'Assemblée nationale et de nombreux intervenants ont présenté des mémoires et des recommandations (voir, notamment: Assemblée nationale, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales, Étude du livre blanc sur la consultation populaire (novembre et décembre 1977)). Suite à ces débats, le ministre d'État à la Réforme électorale et parlementaire, M. Robert Burns, a présenté le projet de loi n° 92, *Loi sur la consultation populaire*, fidèle à l'idéologie d'origine, bien que les moyens pour l'atteindre aient été quelque peu modifiés selon certaines recommandations. Lors de la deuxième lecture du projet loi n° 92, le ministre Burns faisait les remarques suivantes devant l'Assemblée nationale, *Journal des débats*, 5 avril 1978, vol. 20, n° 17, aux pp. 708 et 710:

Je voudrais donc souligner ici que, dans la rédaction de ce projet de loi, le gouvernement a tenu compte des représentations qui lui ont été soumises à l'automne lors

the White Paper on referendums was being studied by the Standing Committee of the President of the Council. The government took those representations seriously, as it provided, for example, for the creation of a Conseil du référendum at the request of the Union Nationale. At the request of the Official Opposition, it provided for a period of at least twenty days between adoption of the question by the National Assembly and issuance of the referendum writs. There are many other examples that could be given to show how the government, in drafting its bill, endeavoured to comply with the proposals made to it at the parliamentary committee stage by representatives of the different opposition parties and by those of various organizations, both federalist and nationalist.

In my opinion, the system of national committees is only one way to attain the objectives being pursued. If other systems consistent with the principles — I lay great stress on this — of equality of opportunity and respect for freedom of expression were to be proposed to me, I would be happy to submit them to my Cabinet colleagues and, eventually, to the National Assembly.

One of the most important recommendations debated was that of the Commission des droits de la personne concerning affiliation. In its comments on Bill 92 in June 1978 (National Assembly, *Journal des Débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution, Étude du projet de loi n° 92 — Loi sur la consultation populaire, June 7, 1978, No. 114, at pp. B-4505 to B-4509), it agreed with the bill's objectives and recognized that certain restrictions had to be imposed to attain them (at p. B-4507):

[TRANSLATION] In the opinion of the Commission des droits de la personne, any infringement of the freedoms of expression and association that might result from [this obligation to belong to one of the national committees] should first be seen in light of the objective being pursued here, with which it is in complete agreement, namely to ensure that each of the options submitted to a referendum has an equal opportunity to explain its benefits. Ensuring equality of opportunity between the vari-

de l'étude du livre blanc sur la consultation populaire par la commission permanente de la présidence du conseil. À titre d'exemple, le gouvernement a pris au sérieux les représentations qui lui ont été faites, puisqu'à la demande de l'Union Nationale il a prévu la création d'un Conseil du référendum. À la demande de l'Opposition officielle, il a prévu un délai d'au moins vingt jours entre l'adoption de la question par l'Assemblée nationale et l'émission des brefs référendaires. On pourrait encore multiplier les exemples pour montrer comment le gouvernement, dans l'élaboration de son projet de loi a tenu à respecter les propositions qui lui ont été faites à l'étape de la commission parlementaire par des représentants des différents partis de l'Opposition (*sic*) que par ceux des divers organismes qu'ils soient fédéralistes ou nationalistes.

La formule des comités nationaux n'est, dans mon esprit qu'un moyen d'atteindre les objectifs recherchés. Si d'autres formules qui respectent les principes — j'insiste beaucoup sur ceci — de l'égalité des chances et du respect des libertés d'expression m'étaient proposées, il me ferait plaisir de les soumettre à mes collègues du Conseil des ministres et, éventuellement, à l'Assemblée nationale.

Parmi les recommandations débattues, l'une des plus importantes fut celle de la Commission des droits de la personne concernant l'affiliation. Au mois de juin 1978, celle-ci, dans ses commentaires concernant le projet de loi n° 92 (Assemblée nationale, *Journal des Débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution, Étude du projet de loi n° 92 — Loi sur la consultation populaire, 7 juin 1978, n° 114, aux pp. B-4505 à B-4509), a souscrit aux objectifs du projet de loi et a reconnu que certaines restrictions devaient nécessairement être imposées pour atteindre ces objectifs (à la p. B-4507):

De l'avis de la Commission des droits de la personne, l'atteinte aux libertés d'expression et d'association qui peut se dégager de [cette obligation de faire partie de l'un des comités nationaux] doit d'abord être vue à la lumière de l'objectif qui est poursuivi ici et auquel elle souscrit entièrement, à savoir assurer aux différentes options soumises à la consultation populaire une chance égale de faire valoir leurs avantages. La mise en œuvre de l'égalité des chances entre les diverses options com-

ous options necessarily entails a degree of constraint and, until further notice, the Commission is only too pleased to accept it in principle.

It then pointed out that the bill severely restricted the freedoms of expression and association in requiring that groups wishing to participate in the referendum campaign join the national committees directly. To soften these restrictions, it proposed that the bill be amended to give groups a further possibility of affiliation (at p. B-4508):

[TRANSLATION] So, to avoid boycotts of the national committees and a proliferation of groups working outside the umbrella organization, and to lessen substantially the constraint on the freedoms of association and of expression, the Commission proposes introducing a status of affiliate for individuals and groups not wishing to associate themselves with the overall strategy decided on by the national committee although they agree with its ultimate objective.

In such a case, for such dissent relating not to the objectives but to the strategy to be meaningful, it would of course be necessary to ensure a proportional distribution of revenues between the majority group and the "affiliated" groups in accordance with criteria that might be set out in each national committee's by-laws.

We would conclude by reminding the government that the by-laws governing the national committees will be subject to the Charter of human rights and freedoms and stressing the numerous pitfalls for human rights and freedoms, which necessarily means that there must be strict equality between the options. [Emphasis added.]

This proposal was adopted by the legislature, which amended its bill to add a third paragraph to s. 23 (now s. 24 of the *Referendum Act*) to the effect that the by-laws of the national committees must "provide for the affiliation to the committee of groups which are favourable to the same option and see to the establishment of the norms, conditions and formalities governing the affiliation and financing of these groups" (National Assembly, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution, Étude du projet de loi n° 92 — Loi sur la consultation populaire, June 12,

porte nécessairement une part de contrainte et, jusqu'à nouvel ordre, la Commission ne demande pas mieux que de l'accepter dans son principe.

Elle a ensuite souligné que le projet de loi restreignait fortement les libertés d'expression et d'association, puisqu'il imposait aux groupes voulant participer à la campagne référendaire de s'associer directement aux comités nationaux. Pour assouplir ces restrictions, elle a proposé que le projet de loi soit amendé afin de prévoir également la possibilité pour les groupes de s'affilier (à la p. B-4508):

Alors, dans le but d'éviter le boycottage des comités nationaux et la multiplication des groupes œuvrant hors de l'organisme-parapluie et d'atténuer significativement la contrainte pesant sur les libertés d'association et d'expression, la Commission propose d'introduire la notion de statut d'affilié pour les individus et groupes qui ne voudraient pas s'associer à la stratégie globale décidée par le comité national, tout en étant d'accord avec l'objectif visé en définitive.

En un tel cas, certes, pour que cette dissidence non sur les objectifs mais sur la stratégie ait un sens, il faudra bien sûr assurer une répartition proportionnelle des revenus entre le groupe majoritaire et les groupes «affiliés» selon des critères qui pourront être précisés pour chaque comité national, le cas échéant, dans ses règlements.

Est-il besoin pour terminer de rappeler au gouvernement que les règlements régissant les comités nationaux seront assujettis à la Charte des droits et libertés de la personne, et de lui souligner les nombreux écueils pour les droits et libertés de la personne qui jalonnent nécessairement la recherche de l'égalité stricte entre les options. [Nous soulignons.]

Cette proposition a été retenue par le législateur qui a amendé son projet de loi pour ajouter à l'art. 23 (devenu aujourd'hui l'art. 24 de la *Loi sur la consultation populaire*) un troisième alinéa édictant que les règlements des comités nationaux doivent «prévoir l'affiliation au comité de groupes favorables à la même option et voir à l'établissement des normes, conditions et modalités régissant l'affiliation et le financement de ces groupes» (Assemblée nationale, *Journal des débats: Commissions parlementaires*, Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution, Étude du projet de loi n° 92 — Loi sur la consulta-

1978, No. 126, at pp. B-4930 to B-4941; June 16, 1978, No. 139, at pp. B-5506 to B-5520).

It should be mentioned at the outset that the appellant is not contesting the principle and operation of affiliation in this Court. Affiliation significantly relaxes the restriction imposed by the impugned provisions on the freedoms of expression and association of groups that wish to support one of the options submitted to a referendum but disagree with the strategy of the national committee representing the option they support. Affiliation makes it possible for groups to conduct campaigns parallel to that of the national committee representing the option they wish to support, that is, they can incur regulated expenses by means of an amount granted by the committee in question out of the referendum fund. Individuals may also associate to form an affiliated group in order to conduct a parallel campaign. Like that of the national committees, the spending of an affiliated group must be monitored by the committee's official agent or by one of his or her deputies or local agents. However, the role of these agents and deputies is confined to ensuring that the limit imposed on regulated expenses — in the case of an affiliated group, this limit is in fact the amount granted by the national committee — is complied with; they have no control over the discourse of either the national committees or the affiliated groups (see the testimony of Professor Peter Aucoin, Case on Appeal, at pp. 89-90).

Under s. 24 of the *Referendum Act*, the national committees are required to adopt by-laws providing for the financing of affiliated groups. The *Referendum Act* does not set out a specific framework within which such by-laws must be adopted but gives the national committees complete freedom in respect of "the establishment of the norms, conditions and formalities governing the affiliation and financing of these groups". However, this discretion must be exercised in accordance with the Canadian *Charter*. Lamer J., as he then was, stated the following on the subject in *Slaight Communi-*

tion populaire, 12 juin 1978, n° 126, aux pp. B-4930 à B-4941; 16 juin 1978, n° 139, aux pp. B-5506 à B-5520).

D'abord, il est important de souligner que l'appelant ne conteste pas devant notre Cour le principe et le fonctionnement de l'affiliation. L'affiliation, en effet, constitue un assouplissement majeur à la restriction imposée par les dispositions contestées aux libertés d'expression et d'association des groupes qui souhaitent appuyer l'une ou l'autre option soumise à la consultation populaire mais qui sont en désaccord avec la stratégie du comité national représentant l'option qu'ils préconisent. Grâce à l'affiliation, des groupes peuvent faire des campagnes parallèles à celle du comité national représentant l'option qu'ils veulent appuyer, c'est-à-dire qu'ils peuvent engager des dépenses réglementées à l'aide d'un montant accordé par ledit comité à même le fonds du référendum. Des individus peuvent également s'associer pour former un groupe affilié et ainsi entreprendre une campagne parallèle. À l'instar des dépenses des comités nationaux, les dépenses des groupes affiliés doivent être faites sous la surveillance de l'agent officiel du comité, d'un de ses adjoints ou d'un de ses agents locaux. Toutefois, le rôle de ces derniers se borne à s'assurer que la limite imposée aux dépenses réglementées — dans le cas de groupes affiliés, cette limite constitue en fait le montant accordé par le comité national — est respectée; ils n'ont aucun contrôle sur le discours aussi bien des comités nationaux que des groupes affiliés (voir le témoignage du professeur Peter Aucoin, dossier, aux pp. 89 et 90).

En vertu de l'art. 24 de la *Loi sur la consultation populaire*, les comités nationaux ont l'obligation d'adopter des règlements prévoyant le financement des groupes affiliés. La *Loi sur la consultation populaire* n'établit pas un cadre précis dans lequel ces règlements doivent être adoptés; elle laisse les comités nationaux entièrement libres quant à «l'établissement des normes, conditions et modalités régissant l'affiliation et le financement de ces groupes». Cette discrétion doit toutefois être exercée de manière conforme à la *Charte canadienne*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) faisait la

cations Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied.

68 In the case at bar, the national committees do not have an express power to infringe the Canadian *Charter* in drafting the rules of affiliation. In our view, they do not have such a power by necessary implication either. It is the *Referendum Act* that expressly restricts the freedoms of expression and association of individuals. The objective of the by-laws on affiliation is instead to limit this infringement of the freedoms of expression and association as much as possible. The discretion conferred on the national committees in respect of affiliation must therefore not be used to restrict the freedoms of expression and association, but rather to extend those freedoms by promoting the broadest possible political expression.

69 Thus, the principle that must guide the national committees in drafting by-laws on affiliation is the promotion and spreading of the freedom of expression of groups wishing to affiliate. Assuming that requests for affiliation are made in good faith, in other words, that the groups seeking affiliation genuinely wish to promote the option represented by the committee, the committee cannot deny them affiliation on the basis of the content of the message they are seeking to disseminate.

70 As for the amounts to be granted to each of the affiliated groups, the committee must determine them in a fair and reasonable manner. It should be noted that each national committee has a limited amount to distribute. Each national committee and its affiliated groups cannot incur regulated expenses that exceed the limit imposed on them by the Act, namely the equivalent of \$1 per elector (s. 426 *Special Version*). The first criterion that

remarque suivante à ce sujet dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1077 et 1078:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite.

En l'espèce, les comités nationaux n'ont pas le pouvoir explicite de contrevenir à la *Charte* canadienne dans l'élaboration des règles entourant l'affiliation. Selon nous, ils n'ont pas non plus ce pouvoir par implication nécessaire. C'est la *Loi sur la consultation populaire* qui édicte explicitement une restriction aux libertés d'expression et d'association des individus. Les règlements concernant l'affiliation ont plutôt comme objectif de circonscrire le plus possible cette atteinte aux libertés d'expression et d'association. La discrétion qui est accordée aux comités nationaux en matière d'affiliation ne doit donc pas être utilisée pour restreindre les libertés d'expression et d'association, mais plutôt pour étendre ces libertés en favorisant l'expression politique la plus large possible.

Ainsi, le principe qui doit guider les comités nationaux dans l'élaboration de règlements concernant l'affiliation est la promotion et la diffusion de la liberté d'expression des groupes voulant s'affilier. En tenant pour acquis que les demandes d'affiliation sont faites de bonne foi, c'est-à-dire que les groupes désireux de s'affilier veulent réellement promouvoir l'option que représente le comité, ce dernier ne saurait refuser l'affiliation à ces groupes en raison du contenu du message qu'ils cherchent à diffuser.

Pour ce qui est des montants à accorder à chacun des groupes affiliés, le comité devra les déterminer de façon juste et raisonnable. Rappelons que chaque comité national a un montant limité à répartir. En effet, chaque comité national et ses groupes affiliés ne peuvent engager des dépenses réglementées qui dépassent le plafond que leur impose la loi, soit la somme que représente l'équivalent de 1 \$ par électeur (art. 426 *Version spé-*

should be applied in determining the amount to be granted is the representativeness of the affiliated group. It is inherent in the democratic system that the representativeness of a point of view should have an effect on its dissemination. Since contributions are limited, a group, party or candidate with little support will receive that much less money to assert its point of view. Of course, the objective of this criterion is not to determine how many people will ultimately vote for the option based on the arguments put forward by the group; it is not a question of trying to conduct a pre-referendum referendum. However, the support each group has at the time of determination of the amount to be granted is quite clearly a criterion to be taken into consideration. Moreover, this is the position taken by Professor Aucoin in his testimony, at p. 87 of the Case on Appeal:

Secondly, it has this provisional committee make the bylaws. In the first instance, the bylaws are made by a majority rule. I think that accords with our understanding of democracy. Secondly, the law itself is very explicit, that is to accommodate those who want to affiliate. I would say it passes that test. Third, there is the assumption in terms of the way in which the law is structured, that the accommodation of the majority and the minority factions in a group will be proportional, will be proportion [*sic*] to who they represent, who they can argue they represent, what share they should get, the various criteria they might want to use to say: We have this fair share.

A second criterion to be taken into consideration is fairness. The committee must grant amounts that are sufficient to enable each group to make itself heard, although to varying degrees. It would be quite unfair for a small group to be granted such a small amount that it is in practice impossible for it to assert its point of view in any way whatsoever. That would go against the objective the national committees must pursue in respect of affiliation, namely the promotion and dissemination of the broadest possible range of views. One last criterion that could be taken into consideration in extreme cases is the need to take tactical considerations into account. This criterion could be used to exclude

ciale). Le premier critère qui devrait être retenu pour la détermination du montant à accorder est la représentativité du groupe affilié. Il est de la nature même du système démocratique que la représentativité d'un point de vue ait un effet sur sa diffusion. En effet, puisque les contributions sont limitées, lorsqu'un groupe, un parti, un candidat ou une candidate n'a que peu d'appui, celui-ci recevra d'autant moins d'argent pour faire valoir son point de vue. Évidemment, ce critère n'a pas pour objectif de déterminer combien de personnes voteraient en définitive pour l'option sur la base des motifs invoqués par le groupe; il ne s'agit pas de tenter de faire un référendum avant le référendum. Toutefois, l'appui que chaque groupe reçoit au moment de déterminer le montant à accorder est très certainement un critère à prendre en considération. Il s'agit d'ailleurs de la position retenue par le professeur Aucoin dans son témoignage, à la p. 87 du dossier:

[TRADUCTION] Deuxièmement, c'est ce comité provisoire qui prend les règlements. En premier lieu, les règlements sont pris à la majorité. Je pense que cela est conforme à notre compréhension de la démocratie. En deuxième lieu, la loi elle-même est très explicite: elle vise à accommoder ceux qui veulent s'affilier. Je dirais que cela respecte cette norme. En troisième lieu, il y a, sur le plan de la structure de la loi, l'hypothèse selon laquelle l'accommodement des factions majoritaires et minoritaires dans un groupe est proportionnel, proportionnel à ceux qu'elles représentent, à ceux qu'elles peuvent prétendre représenter, à la part qu'elles obtiendraient, différents critères qu'elles pourraient vouloir utiliser pour dire: nous avons cette part équitable.

Un deuxième critère à prendre en considération est l'équité. Le comité doit accorder des montants suffisants pour que chaque groupe ait la possibilité de se faire entendre, bien que ce soit à des degrés divers. En effet, il serait tout à fait inéquitable qu'un petit groupe se voit accorder un montant si infime qu'il lui soit pratiquement impossible de faire valoir son point de vue de quelque façon que ce soit. Cela irait à l'encontre de l'objectif que doivent chercher à atteindre les comités nationaux dans le cadre de l'affiliation, soit la promotion et la diffusion du plus large éventail possible d'expressions. Enfin, un dernier critère qui pourrait être pris en considération dans des cas extrêmes est la

extremist groups advocating an approach that would objectively do real damage to the option and to the proper operation of the referendum process. Such cases will undoubtedly be exceptional, and the national committees will have to be careful not to try to use this criterion to make a general value judgment respecting the discourse its affiliated groups are seeking to deliver.

71

To ensure the proper operation of the Act, and in particular of the system of affiliation and of the fair and reasonable distribution of the available money between the national committee and the various affiliated groups, the Act provides for the establishment of a Conseil du référendum composed of three judges of the Court of Québec (see para. 13). Thus, should any group consider itself wronged by a national committee in the affiliation procedure, it could always take its case to the Conseil du référendum. That body's role is, *inter alia*, to ensure that all the groups are treated fairly, and in accordance with the charters. In his testimony, Professor Aucoin stressed the importance of the Conseil du référendum and its role in the operation of the Act (Case on Appeal, at pp. 61-62). Moreover, as Professor Aucoin mentioned, the potential media impact of a decision by the Conseil du référendum concluding that a committee has treated a group trying to affiliate with it unfairly is clearly a further incentive for the national committees (at p. 96 of the Case on Appeal):

In this system, the people on the majority have an obligation to be fair to the people in minority situation. They have a deterrent of the council, which can pass judgement on them and say that: You have not been fair in the fairness of the allocation of money. And, of course, that will not be private, that will go public. And so there's another deterrent.

72

The advantage of the affiliation system is that it ensures compliance with the objectives pursued by the legislature in the impugned provisions. Since the affiliated groups receive their money out of the

prise en compte de considérations tactiques. Ce critère pourrait être utilisé afin d'écartier des groupes extrémistes préconisant une approche qui serait, de façon tangible, objectivement dommageable pour l'option et pour le bon fonctionnement du processus référendaire. Il ne fait aucun doute que ces cas seront exceptionnels et les comités nationaux devront veiller à ne pas tenter d'utiliser ce critère afin de porter, de manière générale, un jugement de valeur sur le discours que cherchent à diffuser les groupes affiliés.

Afin d'assurer le bon fonctionnement de la loi, notamment du système d'affiliation et de la répartition juste et raisonnable de l'argent disponible entre le comité national et les différents groupes affiliés, la loi prévoit la création d'un Conseil du référendum qui est composé de trois juges de la Cour du Québec (voir par. 13). Ainsi, dans l'hypothèse où un groupe se sentirait lésé par un comité national dans le cadre de la procédure d'affiliation, celui-ci aurait toujours la possibilité de porter sa cause devant le Conseil du référendum. Le rôle de ce dernier est, entre autres, de veiller à ce que tous les groupes soient traités avec justice, équité et dans le respect des chartes. Le professeur Aucoin a souligné dans son témoignage l'importance de l'existence et du rôle du Conseil du référendum dans le fonctionnement de la loi (dossier, aux pp. 61 et 62). En outre, comme le soulignait le professeur Aucoin, l'impact que pourrait avoir dans les médias une décision du Conseil du référendum concluant qu'un comité n'a pas traité avec justice un groupe qui tentait de s'affilier constitue certainement un autre incitatif pour les comités nationaux (à la p. 96 du dossier):

[TRADUCTION] Dans ce système, les membres de la majorité ont l'obligation d'être justes envers les membres de la minorité. Ils font face à un élément dissuasif, savoir que le conseil peut les juger et dire: vous n'avez pas été équitables dans l'attribution des sommes d'argent. Et, évidemment, cela sera rendu public. Et il y a donc un autre élément dissuasif.

L'avantage du système d'affiliation est qu'il assure le respect des objectifs que vise le législateur dans les dispositions contestées. En effet, puisque les groupes affiliés reçoivent leurs argents à

maximum amount of expenses granted to the national committee, the equality of financial resources available to promote the options submitted to the referendum is not infringed by the presence of affiliated groups; each option retains the same spending limit. This system removes the temptation for the proponents of the various options to divide into small groups in order to increase the total amount spent to promote their option in order to circumvent the limit imposed on the national committees and thus improve their option's visibility within the community. Another significant advantage of this system is that it allows the affiliated groups to receive their share of the subsidy paid by the government into the referendum fund pursuant to s. 40 of the *Referendum Act*. Thus, while their affiliation imposes some restrictions, it also entails the advantage of government financial support for groups that might otherwise lack resources. From this point of view, it is not obvious that the affiliation system should be regarded as restricting political expression. (On the advantages of the affiliation system, see also: Professor Aucoin's report, *Case on Appeal*, at pp. 269-72, and his testimony, *Case on Appeal*, at pp. 61-63 and 87-91.)

Thus, for groups that wish to support one of the options submitted to a referendum but do not wish to join the national committee because they disagree with its strategy, the affiliation system — which, it should be noted, the appellant is not contesting — relaxes the restriction imposed on these groups by the impugned provisions sufficiently for us to conclude that the impairment is minimal. The structure set up by the legislature enables the vast majority of the people or groups favouring one of the options to participate actively in the referendum campaign by joining or affiliating themselves with the national committee overseeing the option. Furthermore, individuals who disagree with the committee's strategy could join an affiliated group that agrees with their position. They could thus participate actively in the referendum campaign through this affiliated group.

même le montant maximal de dépenses accordé au comité national, l'égalité des moyens financiers pour promouvoir les options soumises à la consultation populaire n'est nullement enfreinte par la présence de groupes affiliés; chaque option conserve le même plafond de dépenses. Ce système élimine la tentation pour les tenants des différentes options de se diviser en groupuscules afin d'augmenter le montant global dépensé pour promouvoir leur option de manière à dépasser le plafond imposé aux comités nationaux et ainsi bonifier la visibilité de leur option au sein de la communauté. Un autre avantage significatif de ce système est qu'il permet aux groupes affiliés de recevoir leur part de la subvention que verse l'État au fonds du référendum en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la consultation populaire*. Ainsi leur affiliation, si elle impose quelques restrictions, comporte aussi le bénéfice du soutien financier de l'État à des groupes qui pourraient autrement se trouver sans moyens. De ce point de vue, il n'est pas évident que l'on doive considérer le régime d'affiliation comme une entrave à l'expression politique. (Au sujet des avantages qu'offre le système d'affiliation, voir également: le rapport du professeur Aucoin, dossier, aux pp. 269 à 272, et son témoignage, dossier, aux pp. 61 à 63 et 87 à 91.)

Ainsi, pour les groupes qui souhaitent appuyer l'une ou l'autre option soumise à la consultation populaire mais qui ne veulent pas s'associer parce qu'ils sont en désaccord avec la stratégie du comité national, le système d'affiliation — qui, par ailleurs, n'a pas été contesté par l'appelant — constitue un assouplissement suffisant pour conclure que l'atteinte qu'imposent les dispositions contestées à ces groupes est minimale. La structure mise en place par le législateur permet à la très grande majorité des personnes ou des groupes qui favorisent une option ou une autre de participer activement à la campagne référendaire en s'associant ou en s'affiliant au comité national qui chapeaute l'option. En outre, les individus isolés qui sont en désaccord avec la stratégie du comité pourraient s'associer à un groupe affilié en accord avec leur position. Ainsi, à travers ce groupe affilié, ils pourraient participer activement à la campagne référendaire.

74

Nonetheless, there are still a certain number of individuals and groups who cannot join or affiliate themselves with the committee and who accordingly can express their views only by means of unregulated expenses: on the one hand, individuals who support one of the options but cannot join the national committee or one of its affiliated groups because they disagree with their respective strategies and for whom affiliation is not possible because it is reserved for groups, and on the other hand, individuals or groups wishing to participate in the referendum campaign without directly supporting one of the options (in particular, abstentionists).

75

While it is true that the impugned provisions do not totally prohibit the freedom of expression of these individuals and groups, which should normally make the infringement easier to justify (see: *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, at pp. 1105-6; *RJR-MacDonald*, at pp. 343-44 and 353), the forms of expression provided for in s. 404 *Special Version* are so restrictive that they come close to being a total ban. While ss. 404(1) and (3) authorize expression by means of the print, radio or television media, they require that the opinion be circulated or broadcast "without payment, reward or promise of payment or reward". The ability to express a point of view through these media thus depends on a third party, which limits the effectiveness of this exception to regulated expenses considerably. Since not the slightest amount may be spent, it will ultimately be the radio or television broadcaster or the print publisher who will decide whether the opinion will be disseminated. Section 404(2) provides for the possibility of publishing a book during the referendum campaign provided that the publication was planned before the campaign began. This exception is also very limited, since in most cases it will be much more appropriate to write a book during the referendum campaign, and after having read the referendum question, than before. Furthermore, writing a book requires substantial resources that are not available to all those who would like to present their points of view in the referendum debate. Sections 404(4) and (5) provide that a person may pay, out of his or her own money, any

Il reste, néanmoins, un certain nombre d'individus et de groupes qui ne peuvent pas s'associer, ni s'affilier et qui, par le fait même, ne peuvent s'exprimer qu'au moyen de dépenses non réglementées: d'une part, les individus isolés qui appuient une des options mais qui ne peuvent s'associer avec le comité national ou l'un de ses groupes affiliés parce qu'ils sont en désaccord avec leurs stratégies respectives et qui ne peuvent s'affilier puisque l'affiliation est réservée aux groupes et, d'autre part, les individus ou les groupes qui veulent participer à la campagne référendaire sans appuyer directement l'une des options (notamment, les abstentionnistes).

Il est vrai que les dispositions contestées ne privent pas totalement ces individus et ces groupes de la liberté d'expression, ce qui devrait normalement en faire une atteinte plus facilement justifiable (voir: *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, aux pp. 1105 et 1106; *RJR-MacDonald*, aux pp. 343, 344 et 353). Toutefois, les moyens d'expression prévus à l'art. 404 *Version spéciale* sont à ce point restrictifs qu'ils se rapprochent d'une prohibition totale. Les paragraphes 1^o et 3^o de l'art. 404 permettent l'expression au moyen des médias écrits, radiophoniques ou télévisuels, mais ils imposent que la diffusion de l'opinion soit «faite sans paiement, récompense ou promesse de paiement ou de récompense». La capacité d'exprimer son point de vue à l'aide de ces moyens dépend donc d'une tierce partie, ce qui limite considérablement l'efficacité de cette exception aux dépenses réglementées. En effet, puisqu'il est interdit de déboursier le moindre montant, ce sera ultimement le diffuseur de l'émission de radio ou de télévision ou l'éditeur de la presse écrite qui décidera si l'opinion sera diffusée. Le paragraphe 2^o de l'art. 404 prévoit la possibilité de publier un livre pendant la campagne référendaire si cette publication a été prévue avant le début de la campagne. Il s'agit également d'une exception d'application très limitée puisque, dans la majorité des cas, il sera beaucoup plus pertinent d'écrire un livre dans le cadre de la campagne référendaire et après avoir pris connaissance de la question qui fera l'objet d'un référendum, que de l'écrire avant. En outre, la rédaction d'un livre requiert des res-

expenses he or she incurs for transportation, meals and lodging while travelling “for referendum purposes”, if these expenses are not reimbursed. However, it is not sufficient to permit people to pay their travelling expenses, as they still have to be able to pay to have their point of view heard once they reach their destination. The final relevant exception is found in s. 404(9), which authorizes incurring up to \$600 in costs to hold a meeting, including the cost of renting a hall and convening the participants. Without ruling on the reasonableness of the amount in question, it must be recognized that this exception, like the others, is very restrictive, as it is limited to the organization of a meeting.

Thus, as regards the exceptions set out in s. 404 *Special Version*, groups and individuals who cannot join or affiliate themselves directly with the national committees are allotted no money whatsoever to spend as they see fit in order to make their positions known. It is therefore impossible, for example, for them to pay to have flyers, pamphlets or posters printed that present their points of view. This Court has already pointed out the importance of these forms of communication, which are generally used by the least affluent members of our society (*Ramsden v. Peterborough (City)*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, *supra*). In our view, this example suffices to illustrate the seriousness of the restriction imposed in s. 404 *Special Version* on individuals and groups who can neither join nor affiliate themselves with the national committees.

As we mentioned in the rational connection analysis, limits on spending by third parties in addition to the limits imposed on the national committees are necessary and must be far stricter than those on spending by the national committees in order to ensure that the system of limits and a balance in resources is effective (para. 54). Nonethe-

sources considérables qui ne sont pas à la portée de toute personne qui veut faire valoir son point de vue dans le débat référendaire. Les paragraphes 4^o et 5^o de l’art. 404 prévoient qu’une personne peut payer, à même ses propres deniers, les dépenses faites pour se déplacer, se nourrir et se loger pendant un voyage «à des fins d’une consultation populaire», si ces dépenses ne lui sont pas remboursées. Cependant, il ne suffit pas de permettre à une personne d’assumer ses frais de voyage, encore faut-il qu’elle puisse engager des dépenses pour faire entendre son point de vue une fois rendue à destination. La dernière exception pertinente est prévue au par. 9^o de l’art. 404 qui permet d’engager jusqu’à 600 \$ de frais pour la tenue d’une réunion, y compris les frais pour louer la salle et convoquer les participants. Sans se prononcer sur le caractère raisonnable du montant prévu, on doit reconnaître que cette dernière exception est, à l’instar des autres, très restrictive puisqu’elle se limite à l’organisation d’une réunion.

Ainsi, au regard des exceptions prévues à l’art. 404 *Version spéciale*, les groupes et les individus qui ne peuvent s’associer ou s’affilier directement ne se voient même pas allouer d’argent à dépenser de manière discrétionnaire pour faire connaître leur position. Il leur est impossible, par exemple, de payer pour faire imprimer des dépliants, des brochures ou des affiches exposant leur point de vue. Notre Cour a déjà souligné l’importance de ces moyens de communication qui servent généralement aux gens les moins bien nantis de notre société (*Ramsden c. Peterborough (Ville)*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, précité). À notre avis, cet exemple suffit pour illustrer la gravité de la restriction imposée à l’art. 404 *Version spéciale* aux individus et aux groupes qui ne peuvent ni s’associer, ni s’affilier aux comités nationaux.

Comme nous l’avons souligné dans l’analyse du lien rationnel, la limitation des dépenses que peuvent engager les tiers à l’extérieur des plafonds imposés aux comités nationaux est nécessaire et doit être beaucoup plus stricte que les dépenses des comités nationaux afin d’assurer l’efficacité du système de plafonnement et l’équilibre des res-

less, we are of the view that the limits imposed under s. 404 cannot meet the minimal impairment test in the case of individuals and groups who can neither join the national committees nor participate in the affiliation system. In our view, there are alternative solutions far better than the limits imposed under s. 404 *Special Version* that are consistent with the legislature's highly laudable objective. The Lortie Commission's recommendation on third party expenses is one possible solution.

78

To guarantee the operation of the system of election spending limits, the Lortie Commission recommended, *inter alia*, that groups and individuals not connected with a political party or candidate (independents) be prohibited from incurring election expenses exceeding \$1000 and from pooling these amounts (Lortie Commission, *supra*, at pp. 350-56). This recommendation made it possible for all practical purposes to ensure that the balance in the financial resources of the parties and candidates was respected without radically restricting the freedom of expression of independents. By allowing a certain amount without limits on how it was to be used, the Commission ensured that independents would be able to assert their points of view and that they would have some leeway in choosing forms of expression. Furthermore, by allowing a relatively low amount and prohibiting pooling, the Commission removed the temptation for parties or organizations of candidates to split into small groups in order to multiply and thus increase the limits imposed on their campaigns by the *Canada Elections Act*. In this way, the Commission ensured that the impact of its infringement of the principle of limiting election spending by parties and candidates would be minimal enough for the system to remain effective. It wrote the following in this regard at p. 355 of its report:

While it is possible that, in certain circumstances, a \$1000 spending limit might jeopardize the effectiveness of candidate and party spending limits, the risk that fair-

sources (par. 54). Néanmoins, dans le cas d'individus et de groupes qui ne peuvent ni s'associer aux comités nationaux, ni recourir au système d'affiliation, nous croyons que les limites imposées à l'art. 404 ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Selon nous, il existe des solutions de rechange nettement supérieures aux limites imposées à l'art. 404 *Version spéciale* qui respectent l'objectif extrêmement louable que s'est fixé le législateur. La recommandation de la Commission Lortie concernant les dépenses des tiers est l'une de ces solutions possibles.

Pour garantir le bon fonctionnement du système de plafonnement des dépenses électorales, la Commission Lortie avait recommandé, entre autres, que les groupes et les individus non liés à un parti politique ou à un candidat ou une candidate (les indépendants) ne puissent engager des dépenses électorales excédant 1000 \$, et que la mise en commun de ce montant soit interdite (Commission Lortie, *op. cit.*, aux pp. 363 à 369). Cette recommandation permettait de ne pas restreindre radicalement la liberté d'expression des indépendants, tout en garantissant que l'équilibre entre les ressources financières des partis et des candidats et candidates soit, à toutes fins pratiques, respecté. En effet, en accordant un certain montant sans limiter l'utilisation pouvant en être faite, la Commission s'assurait que les indépendants auraient la possibilité de faire valoir leur point de vue et qu'ils auraient une certaine marge de manœuvre dans le choix des véhicules d'expression. En outre, en accordant un montant relativement bas et en interdisant la mise en commun, la Commission éliminait la tentation pour les partis ou les organisations des candidats ou candidates de se scinder en groupuscules dans le but de se multiplier et d'augmenter ainsi les plafonds que la loi électorale leur impose pour faire campagne. La Commission s'assurait ainsi que l'impact de l'entorse qu'elle faisait au principe du plafonnement des dépenses électorales des partis, candidats et candidates serait suffisamment limité pour que le système demeure efficace. Dans son rapport, elle écrit à cet égard, à la p. 368:

Il n'est pas impossible que, dans certains cas, un plafond de 1 000 \$ nuise à l'efficacité des limites des dépenses des candidats et candidates et des partis. Le

ness would be compromised by spending at this level would not be so significant as to justify a lower limit, provided that individuals or groups not be permitted to combine resources to augment the spending limit. The regulation of independent expenditure thus must include an explicit restriction against individuals or groups pooling their financial resources to overcome the spending limit. Without such a restriction, the effectiveness of spending limits on individuals and groups could easily be destroyed.

Parliament adopted this recommendation and enacted the following in ss. 259.1 and 259.2 of the *Canada Elections Act*, R.S.C., 1985, c. E-2:

259.1 (1) Every person who incurs advertising expenses in excess of one thousand dollars between the date of the issue of the writ and the day immediately following polling day is guilty of an offence.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a candidate, official agent or any other person acting on behalf of a candidate with the candidate's actual knowledge and consent; or

(b) a registered agent of a registered party acting within the scope of the registered agent's authority or other person acting on behalf of a registered party with the actual knowledge and consent of an officer of the registered party.

259.2 (1) Every person who sponsors or conducts advertising without identifying the name of the sponsor and indicating that it was authorized by that sponsor is guilty of an offence.

(2) For the purposes of section 259.1, no person shall incur an advertising expense in combination with one or more other persons if the aggregate amount of the advertising expenses incurred exceeds one thousand dollars.

In *Somerville v. Canada (Attorney General)*, *supra*, the Alberta Court of Appeal declared these provisions to be unconstitutional. With respect, we have already mentioned that we cannot accept the Alberta Court of Appeal's point of view because we disagree with its conclusion regarding the legitimacy of the objective of the provisions (para. 55).

In our view, an exception to regulated expenses similar to that recommended by the Lortie Com-

risque n'est toutefois pas suffisant pour justifier une limite inférieure, à condition que les groupes et les individus ne soient pas autorisés à combiner leur ressources dans le but d'augmenter leur limite individuelle. La réglementation des dépenses indépendantes doit donc interdire explicitement aux individus et aux groupes de mettre en commun leurs ressources financières dans le but de contourner les limites, sans quoi ces dernières risquent de perdre toute efficacité.

Le législateur a retenu cette recommandation et édicté ce qui suit aux art. 259.1 et 259.2 de la *Loi électorale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. E-2:

259.1 (1) Est coupable d'une infraction quiconque engage des frais de publicité supérieurs à mille dollars entre la date de délivrance du bref et le lendemain du jour du scrutin.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes suivantes:

a) un candidat, agent officiel ou toute autre personne agissant au nom d'un candidat à la connaissance et avec le consentement de celui-ci;

b) un agent enregistré d'un parti enregistré agissant dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés à ce titre ou une autre personne agissant au nom d'un parti enregistré à la connaissance et avec le consentement d'un dirigeant de celui-ci.

259.2 (1) Est coupable d'une infraction quiconque fait de la publicité ou en commandite sans qu'elle mentionne le nom du commanditaire et précise que celui-ci l'a autorisée.

(2) Pour l'application de l'article 259.1, il est interdit à plusieurs personnes de se regrouper pour engager des frais de publicité dont la valeur totale est supérieure à mille dollars.

Dans la décision *Somerville c. Canada (Attorney General)*, précitée, la Cour d'appel d'Alberta a déclaré inconstitutionnelles ces dispositions. Avec égards, nous avons déjà souligné que nous ne pouvions retenir le point de vue de la Cour d'appel de l'Alberta en raison de notre désaccord avec sa conclusion quant à la légitimité de l'objectif de ces dispositions (par. 55).

Selon nous, une exception aux dépenses réglementées similaire à la recommandation de la Com-

mission would be far less intrusive than those currently applicable under s. 404 *Special Version*. The Act could permit citizens, either individually or in groups, to spend a certain amount on an entirely discretionary basis while prohibiting the pooling of such amounts. To limit the scope of this exception and prevent abuse, the legislature could also be at liberty to exclude from its application certain individuals or groups who already have platforms from which to express their views, such as the national committees, affiliated groups and individuals or groups belonging to the national committees or affiliated groups.

81 By virtue of this exception, individuals and groups who can neither join nor affiliate themselves with the national committees would be entitled to a minimum amount that they would be able to spend as they saw fit in order to communicate their positions. In our view, this alternative would result in a more acceptable balance between absolute individual freedom of expression and equality of expression between proponents of the various options. It is not up to this Court to decide what amount should be allowed. Should the legislature adopt this alternative, it will have to set the amount. Nevertheless, it might be thought that the amount of \$1000 proposed by the Lortie Commission in the Canadian election context is not necessarily appropriate in the context of a Quebec referendum. The appropriate amount will have to be fair while being small enough to be consistent with the objective of the Act.

82 Although s. 404 *Special Version* is the only provision that is really problematic, it is difficult to sever it from the rest of the impugned provisions. Section 404 *Special Version* provides for exceptions to "regulated expenses", which are defined, and the persons entitled to incur them are described, in ss. 402, 403, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of the *Special Version*. Without further exceptions to the regulated expenses, the effect of severance would be a total ban on referendum spending by third parties except through the national committees. The Act would itself be unconstitutional were s. 404 alone to be severed.

mission Lortie serait nettement moins attentatoire que celles présentement applicables en vertu de l'art. 404 *Version spéciale*. En effet, la loi pourrait permettre aux citoyens de dépenser, individuellement ou en groupe, un certain montant de manière entièrement discrétionnaire, tout en interdisant la mise en commun de ce montant. Afin de limiter la portée de cette exception et éviter les abus, il pourrait également être loisible au législateur d'exclure de son application certains individus ou groupes jouissant déjà de tribunes pour s'exprimer, comme par exemple les comités nationaux, les groupes affiliés et les individus ou les groupes faisant partie des comités nationaux ou des groupes affiliés.

Grâce à cette exception, les individus et les groupes qui ne peuvent ni s'associer ni s'affilier auraient droit à un montant minimal dont ils pourraient disposer à leur gré afin de communiquer leur position. Selon nous, cette solution permettrait un équilibre plus acceptable entre la liberté d'expression individuelle absolue et l'égalité des moyens d'expression des tenants des différentes options en présence. Il ne revient pas à notre Cour de déterminer quel montant devrait être accordé. Si le législateur retient cette solution, il lui appartiendra de le faire. Néanmoins, on peut penser que le montant de 1000 \$ proposé par la Commission Lortie dans le contexte électoral canadien n'est pas nécessairement le montant approprié dans le cadre d'une consultation populaire québécoise. Le montant approprié devra être équitable, tout en étant suffisamment limité pour ne pas être incompatible avec l'objectif de la loi.

Bien que l'art. 404 *Version spéciale* soit le seul qui fasse véritablement problème, il est difficile de le dissocier du reste des dispositions contestées. En effet, l'art. 404 *Version spéciale* prévoit les exceptions aux «dépenses réglementées» alors que les art. 402, 403, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de la *Version spéciale* prévoient la définition et la description des personnes pouvant les engager. S'il n'existait plus d'exceptions aux dépenses réglementées, ceci aurait pour effet d'interdire totalement aux tiers la possibilité de faire quelque dépense référendaire que ce soit sans passer par les comités nationaux. La loi ainsi amputée du seul

Since all the impugned provisions form a closely interrelated whole and s. 404 *Special Version* does not meet the minimal impairment test, all the impugned provisions fall with it, like a house of cards.

(c) *Deleterious and salutary effects*

Having concluded that the system set up by the *Referendum Act* does not meet the requirements of the minimal impairment test, it is in principle unnecessary to consider the final test, namely proportionality between the deleterious and salutary effects of the system.

A decision cannot be made in the abstract, and until the legislature has altered its system, it will clearly be impossible to determine whether the system's benefits outweigh its deleterious effects on the freedoms of expression and association. However, it is clear from our analysis that protecting the fairness of referendum campaigns is a laudable objective that will necessarily involve certain restrictions on freedom of expression. Freedom of political expression, so dear to our democratic tradition, would lose much value if it could only be exercised in a context in which the economic power of the most affluent members of society constituted the ultimate guidepost of our political choices. Nor would it be much better served by a system that undermined the confidence of citizens in the referendum process.

VI — Disposition and Remedy

For the reasons given, the constitutional questions must be answered as follows:

Question: Do ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of the *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, as amended by Appendix 2 of the *Referendum Act*, R.S.Q., c. C-64.1, adopted under s. 44 of the *Referendum Act*, violate in

art. 404 serait en elle-même inconstitutionnelle. Puisque les dispositions contestées forment un tout étroitement relié et que l'art. 404 *Version spéciale* ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale, l'ensemble des dispositions contestées, tout comme un château de cartes, le suivent dans sa chute.

(c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques*

Ayant conclu que le régime mis en place par la *Loi sur la consultation populaire* ne répond pas aux exigences du critère de l'atteinte minimale, il n'est pas, en principe, nécessaire de s'attarder sur le dernier critère, soit la proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques du régime.

On ne saurait se prononcer dans l'abstrait et tant que la législature n'aura pas modifié son régime, il ne sera manifestement pas possible de déterminer si les avantages du régime l'emportent sur ses effets préjudiciables quant aux libertés d'expression et d'association. Toutefois, il ressort clairement de notre analyse que la protection du caractère juste et équitable des campagnes référendaires est un objectif louable qui impliquera nécessairement certaines restrictions à la liberté d'expression. La liberté d'expression politique si chère à notre tradition démocratique perdrait beaucoup de valeur si elle ne pouvait s'exercer que dans un contexte où le pouvoir économique des éléments les mieux nantis de la société constituerait l'ultime jalon de nos choix politiques. Elle ne serait guère mieux servie par un régime qui minerait la confiance des citoyens dans le processus référendaire.

VI — Dispositif et redressement

Pour les motifs énoncés, les questions constitutionnelles doivent recevoir les réponses suivantes:

Question: Les articles 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de la *Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, modifiés par l'appendice 2 de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., ch. C-64.1, établi en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur la consultation populaire*, violent-ils, en tout ou en partie, l'al. 2b) de la

83

84

85

whole or in part s. 2(b) and/or s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

Question: If they do, do these sections or any of them constitute a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: These sections do not constitute a reasonable limit within the meaning of s. 1.

Charte canadienne des droits et libertés, l'al. 2d) de cette loi ou ces deux dispositions?

Réponse: Oui.

Question: Si oui, est-ce que ces articles ou l'un d'entre eux constituent, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, une limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

Réponse: Ces articles ne constituent pas une limite raisonnable au sens de l'article premier.

86

The appropriate remedy remains to be determined. The appellant is asking the Court to declare all the impugned provisions unconstitutional and of no force or effect. It is impossible in the case at bar to resort to the techniques of reading in and severance, since they would require us to make choices within the domain of the legislature (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, *supra*, at p. 252). Consequently, having concluded that the provisions as a whole constitute an unjustified infringement of freedom of expression and freedom of association, we declare ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416 and 417 of the *Special Version* to be of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We are aware of the major impact of this conclusion on the provisions of the *Referendum Act* and of the *Special Version* relating to control of referendum spending. Since practically all the provisions concerning referendum spending are based on the concept of "regulated expenses", they become pointless owing to the declaration that the impugned provisions are of no force or effect. It will be up to the legislature to make the appropriate amendments. We would have arrived at the same result had the case been resolved on the basis of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*.

Il reste à déterminer le redressement convenable. L'appelant demande à la Cour de déclarer inconstitutionnelles et inopérantes toutes les dispositions contestées. Il nous est impossible, en l'espèce, d'avoir recours aux techniques d'interprétation large et de dissociation puisqu'elles nécessiteraient que nous fassions des choix relevant du législateur (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, précité, à la p. 252). Par conséquent, ayant conclu que l'ensemble des dispositions constituaient une atteinte injustifiée à la liberté d'expression et à la liberté d'association, nous déclarons inopérants les art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416 et 417 de la *Version spéciale* en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous sommes conscients que cette conclusion a des impacts majeurs sur les dispositions de la *Loi sur la consultation populaire* et de la *Version spéciale* portant sur le contrôle des dépenses référendaires. En effet, pratiquement toutes les dispositions concernant les dépenses référendaires étant fondées sur la notion de «dépenses réglementées», elles deviennent sans objet du fait que les dispositions contestées sont déclarées inopérantes. Il reviendra au législateur de faire les modifications appropriées. Nous serions arrivés au même résultat si le litige avait été résolu en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec.

87

We would allow the appeal with costs to the appellant.

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens en faveur de l'appelant.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Solicitors for the appellant: Grey Casgrain,
Montréal.*

*Procureurs de l'appelant: Grey Casgrain,
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bernard, Roy &
Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé: Bernard, Roy & Asso-
ciés, Montréal.*

**Robin Susan Eldridge, John Henry Warren
and Linda Jane Warren** *Appellants*

v.

**The Attorney General of British Columbia
and the Medical Services
Commission** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Manitoba, the Attorney General
of Newfoundland, the Women's Legal
Education and Action Fund, the Disabled
Women's Network Canada, the Charter
Committee on Poverty Issues, the Canadian
Association of the Deaf, the Canadian
Hearing Society and the Council of
Canadians with Disabilities** *Interveners*

**INDEXED AS: ELDRIDGE v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY
GENERAL)**

File No.: 24896.

1997: April 24; 1997: October 9.

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**

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality
rights — Physical disability — Publicly funded medi-
care — Medicare not providing for sign language inter-
preters — Whether, and in what manner, the Charter
applies to the decision not to provide sign language
interpreters for the deaf as part of the publicly funded
scheme for the provision of medical care — Whether not
providing for this service under Acts establishing medi-
care and hospitalization infringing s. 15(1) equality
rights of disabled — If so, whether legislation saved
under s. 1 — Appropriate remedy if Charter violation
found — Canadian Charter of Rights and Freedoms,
ss. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979,*

**Robin Susan Eldridge, John Henry Warren
et Linda Jane Warren** *Appellants*

c.

**Le procureur général de la Colombie-
Britannique et la Medical Services
Commission** *Intimés*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Manitoba, le
procureur général de Terre-Neuve, le Fonds
d'action et d'éducation juridiques pour les
femmes, le Réseau d'action des femmes
handicapées du Canada, le Charter
Committee on Poverty Issues, l'Association
des sourds du Canada, la Société
canadienne de l'ouïe et le Conseil des
Canadiens avec déficiences** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: ELDRIDGE c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

N° du greffe: 24896.

1997: 24 avril; 1997: 9 octobre.

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 constitutionnel — Charte des droits — Droits à
l'égalité — Déficience physique — Soins de santé
financés sur les deniers publics — Services d'interpréta-
tion gestuelle non couverts par le régime d'assurance-
maladie — La Charte s'applique-t-elle à la décision de
ne pas fournir des services d'interprétation gestuelle
dans le cadre du régime public de soins de santé et,
dans l'affirmative, de quelle manière s'y applique-t-
elle? — Le fait de ne pas fournir de tels services en
vertu de lois établissant des régimes de soins de santé et
d'hospitalisation porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité
garantis par l'art. 15(1) aux personnes handicapées? —
Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée con-*

c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), ss. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29(b) — *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76 (now the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286), ss. 1, 4(1)(c), (j), 6, 8.

Medical care in British Columbia is delivered through two primary mechanisms. Hospital services are funded under the *Hospital Insurance Act* by the government which reimburses them for the medically required services provided to the public. Funding for medically required services delivered by doctors and other health care practitioners is provided by the province's Medical Services Plan (established and regulated by the *Medical and Health Care Services Act*). Neither program pays for sign language interpretation for the deaf.

Each of the appellants was born deaf and their preferred means of communication is sign language. They contend that the absence of interpreters impairs their ability to communicate with their doctors and other health care providers, and thus increases the risk of misdiagnosis and ineffective treatment.

The appellants unsuccessfully sought a declaration in the Supreme Court of British Columbia that the failure to provide sign language interpreters as an insured benefit under the Medical Services Plan violates the s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A majority of the Court of Appeal dismissed an appeal from this judgment. The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the definition of "benefits" in s. 1 of the *Medicare Protection Act* infringed s. 15(1) of the *Charter* by failing to include medical interpreter services for the deaf, (2) if so, whether the impugned provision was saved under s. 1 of the *Charter*, (3) whether ss. 3, 5 and 9 of the *Hospital Insurance Act* and the Regulations infringed s. 15(1) by failing to require that hospitals provide medical interpreter services for the deaf, and (4) if the answer to 3 is yes, whether the impugned provisions were saved under s. 1. Also at issue were whether, and in what manner, the *Charter* applies to the decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of the publicly funded scheme for the provision of medical care and, if

formément à l'article premier? — Si une atteinte à la Charte est constatée, quelle est la réparation convenable? — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15(1) — *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), art. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29b) — *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286), art. 1, 4(1)c), j), 6, 8.

En Colombie-Britannique, les soins de santé sont fournis par l'entremise de deux mécanismes principaux. Sous le régime de l'*Hospital Insurance Act*, l'État finance les services hospitaliers en remboursant aux hôpitaux les services médicalement nécessaires qu'ils fournissent à la population. Le financement des services médicalement nécessaires fournis par les médecins et d'autres professionnels de la santé vient du *Medical Services Plan* (le régime de services médicaux de la province, établi et régi par la *Medical and Health Care Services Act*). Ni l'un ni l'autre de ces régimes ne pourvoit au paiement de services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité.

Chacun des appelants est sourd de naissance. Leur moyen de communication préféré est le langage gestuel. Ils prétendent que l'absence d'interprète diminue leur capacité de communiquer avec leurs médecins et les autres professionnels de la santé qu'ils consultent, et augmente de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces.

Les appelants ont demandé sans succès à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un jugement déclaratoire portant que le fait de ne pas offrir des services d'interprètes gestuels en tant qu'avantage assuré dans le cadre du régime de services médicaux viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté, à la majorité, l'appel formé contre ce jugement. Les questions constitutionnelles dont était saisie la Cour étaient les suivantes: (1) La définition du mot «benefits» [«avantages»] à l'art. 1 de la *Medicare Protection Act* porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte* du fait qu'elle n'inclut pas la prestation de services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité? (2) Dans l'affirmative, la disposition contestée est-elle justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*? (3) Les articles 3, 5 et 9 de l'*Hospital Insurance Act* et le règlement portent-ils atteinte au par. 15(1) du fait qu'ils n'obligent pas les hôpitaux à fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité? (4) En cas de réponse affirmative à la question 3, les dispositions contestées sont-elles justifiées conformément à l'article premier? En outre, il fallait décider si la *Charte* s'applique

a *Charter* violation were found, what the appropriate remedy would be.

Held: The appeal should be allowed. The first and third constitutional questions were answered in the negative. It was not necessary to answer the second and fourth constitutional questions.

The *Charter* applies to provincial legislation in two ways. Firstly, legislation may be found to be unconstitutional on its face because it violates a *Charter* right and is not saved by s. 1. Secondly, the *Charter* may be infringed, not by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it. The legislation remains valid but a remedy for the unconstitutional action may be sought pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

In the present case the question whether the alleged breach of s. 15(1) arises from the impugned legislation itself or from the action of entities exercising decision-making authority pursuant to that legislation must be explored. The failure of the *Medical and Health Care Services Act* to provide expressly for sign language interpretation as a medically required service does not violate s. 15(1) of the *Charter*. The legislation simply does not, either expressly or by necessary implication, prohibit the Medical Services Commission from determining that sign language interpretation is a "medically required" service and hence a benefit under the Act. It is the decision of the authority which has been delegated the power to determine whether a service qualifies as a benefit that is constitutionally suspect, not the statute itself. The discretion accorded to the Medical Services Commission does not necessarily or typically threaten the equality rights set out in s. 15(1) of the *Charter*. This possibility that the Commission can infringe these rights in the exercise of its authority is, however, incidental to the purpose of discretion, which is to ensure that all medically required services are paid for by the government.

The *Hospital Insurance Act* should be read in conformity with s. 15(1). Hospitals are left with substantial discretion as to how to provide the services listed in the legislation. No individual hospital is required to offer all of the services set out in s. 5(1) of the Act. Further, indi-

à la décision de ne pas fournir des services d'interprètes gestuels aux personnes atteintes de surdité dans le cadre du régime public de soins de santé et, dans l'affirmative, de quelle manière elle s'y applique. Et, enfin, si une atteinte à la *Charte* était constatée, il fallait élaborer la réparation convenable.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. La première et la troisième questions constitutionnelles ont reçu une réponse négative. Il n'a pas été nécessaire de répondre aux deuxième et quatrième questions constitutionnelles.

La *Charte* s'applique aux lois provinciales de deux manières. Premièrement, une loi peut être jugée inconstitutionnelle suivant son texte même parce qu'elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* et que sa validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. Deuxièmement, il est possible que la *Charte* soit violée non pas par la loi elle-même, mais par les actes d'un décideur à qui on a délégué son application. La loi reste valide, mais une réparation peut être demandée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à l'égard de l'acte inconstitutionnel.

En l'espèce, il faut se demander si la violation du par. 15(1) qui est alléguée découle des textes de loi contestés eux-mêmes ou des actes d'entités qui exercent un pouvoir de décision en vertu de ces textes. Le fait que la *Medical and Health Care Services Act* ne pourvoit pas expressément à la fourniture de l'interprétation gestuelle en tant que service médicalement nécessaire ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. Cette loi n'interdit tout simplement pas à la Medical Services Commission, ni expressément ni par implication nécessaire, de décider que l'interprétation gestuelle est un service «médicalement nécessaire» et donc un avantage visé par la Loi. C'est la décision de l'organisme auquel a été délégué le pouvoir discrétionnaire de décider si un service constitue un avantage qui est constitutionnellement suspecte, et non la loi elle-même. Le pouvoir discrétionnaire qui est accordé à la commission des services médicaux ne menace pas nécessairement ou généralement les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. La possibilité que la commission viole ces droits dans l'exercice de son pouvoir est cependant une conséquence de l'objet du pouvoir discrétionnaire, qui est de faire en sorte que tous les services médicalement nécessaires soient payés par le gouvernement.

L'*Hospital Insurance Act* doit être interprétée d'une manière conforme avec le par. 15(1). Les hôpitaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire considérable quant à la manière de fournir les services qui y sont énumérés. Aucun hôpital n'est tenu d'offrir tous les services

vidual hospitals are given considerable discretion by the Act as to how the services they decide to provide are delivered and they are not precluded from supplying sign language interpreters. The fact that this Act does not expressly mandate the provision of sign language interpretation does not render it constitutionally vulnerable. The potential violation of s. 15(1) inheres in the discretion wielded by a subordinate authority, not the legislation itself.

Legislatures may not enact laws that infringe the *Charter* and they cannot authorize or empower another person or entity to do so. Even though a legislature may give authority to a body that is not subject to the *Charter*, the *Charter* applies to all the activities of government whether or not they may be otherwise characterized as “private” and it may apply to non-governmental entities in respect of certain inherently governmental actions. Governments, just as they are not permitted to escape *Charter* scrutiny by entering into commercial contracts or other “private” arrangements, should not be allowed to evade their constitutional responsibilities by delegating the implementation of their policies and programs to private entities.

Two important points must be made with respect to this principle. First, the mere fact that an entity performs what may loosely be termed a “public function”, or the fact that a particular activity may be described as “public” in nature, will not be sufficient to bring it within the purview of “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In order for the *Charter* to apply to a private entity, it must be found to be implementing a specific governmental policy or program.

The second important point concerns the precise manner in which the *Charter* may be held to apply to a private entity. First, it may be determined that the entity is itself “government” for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as “government” within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a non-governmental actor, correctly be described as “private”. Second, an entity may be found to attract *Charter*

mentionnés au par. 5(1) de la Loi. En outre, la Loi accorde à chaque hôpital un large pouvoir discrétionnaire quant aux modalités de la prestation des services qu’il décide de fournir et elle ne l’empêche pas de fournir les services d’interprètes gestuels. Le fait que la Loi n’exige pas expressément que l’interprétation gestuelle soit fournie ne rend pas cette loi vulnérable sur le plan constitutionnel. La violation potentielle du par. 15(1) découle intrinsèquement du pouvoir discrétionnaire exercé par un organisme subordonné, et non de la loi elle-même.

Les législatures ne peuvent pas édicter de lois qui portent atteinte à la *Charte* et elles ne peuvent pas autoriser ou habiliter quelque personne ou entité à le faire. Même s’il est possible à une législature de conférer des pouvoirs à un organisme qui n’est pas assujéti à la *Charte*, celle-ci s’applique à toutes les activités du gouvernement, qu’elles puissent ou non être par ailleurs qualifiées de «privées», et elle peut s’appliquer à des entités non gouvernementales à l’égard de certains actes de nature intrinsèquement gouvernementale. Tout comme il est interdit aux gouvernements de se soustraire à l’examen fondé sur la *Charte* en concluant des contrats commerciaux ou d’autres accords «privés», ils ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées.

Deux remarques importantes s’imposent au sujet de ce principe. Premièrement, le seul fait qu’une entité exerce ce qu’on peut librement appeler une «fonction publique» ou le fait qu’une activité particulière puisse être dite de nature «publique» n’est pas suffisant pour que cette entité soit assimilée au «gouvernement» pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*. Pour que la *Charte* s’applique à une entité privée, il doit être établi que celle-ci met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé.

L’autre remarque importante concerne la manière précise dont le tribunal peut décider que la *Charte* s’applique à une entité privée. Premièrement, il peut être décidé que l’entité elle-même fait partie du «gouvernement» au sens de l’art. 32. Une telle conclusion requiert l’examen de la question de savoir si l’entité dont les actes ont suscité l’allégation d’atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du «gouvernement» au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l’entité sont assujétiées à la *Charte*, indépendamment du fait que l’activité en cause pourrait être qualifiée de «privée» si elle était exercée par un acteur

scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor, must be scrutinized.

Hospitals, in providing medically necessary services, carry out a specific governmental objective. The *Hospital Insurance Act* is not simply a mechanism to prevent hospitals from charging for their services. Rather, it provides for the delivery of a comprehensive social program. Hospitals are merely the vehicles the legislature has chosen to deliver this program.

A direct and precisely defined connection exists between a specific government policy and the hospital's impugned conduct. The alleged discrimination — the failure to provide sign language interpretation — is intimately connected to the medical service delivery system instituted by the legislation. The provision of these services is not simply a matter of internal hospital management; it is an expression of government policy. The Legislature, upon defining its objective as guaranteeing access to a range of medical services, cannot evade its obligations under s. 15(1) of the *Charter* to provide those services without discrimination by appointing hospitals to carry out that objective. In so far as they do so, hospitals must conform with the *Charter*.

As well, the Medical Services Commission, in determining whether a service is a benefit under the *Medical and Health Care Services Act*, implements a government policy, namely, to ensure that all residents receive medically required services without charge. There is no doubt that in exercising this discretion the Commission acts in governmental capacity and is subject to the *Charter*.

As deaf persons, the appellants belong to an enumerated group under s. 15(1) — the physically disabled. There is also no question that the distinction drawn between the appellants and others is based on a personal characteristic that is irrelevant to the functional values underlying the health care system — the promotion of health, the prevention and treatment of illness and dis-

non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur.

En fournissant les services médicalement nécessaires, les hôpitaux remplissent un objectif gouvernemental déterminé. L'*Hospital Insurance Act* n'est pas un simple mécanisme destiné à empêcher les hôpitaux de facturer leurs services aux patients. Au contraire, elle pourvoit plutôt à la prestation d'un programme social complet. Les hôpitaux sont simplement le mécanisme choisi par la législature pour l'exécution de ce programme.

Il y a un lien direct et défini entre une politique gouvernementale donnée et la conduite contestée de l'hôpital. La discrimination alléguée — le fait de ne pas fournir d'interprétation gestuelle — est intimement liée au régime de prestation de services médicaux établi par la loi. La fourniture de ces services n'est pas simplement une question de régie interne de l'hôpital, elle est l'expression d'une politique du gouvernement. La législature, lorsqu'elle définit son objectif comme étant celui de garantir l'accès à un éventail de services médicaux, ne peut pas se soustraire à l'obligation que lui fait le par. 15(1) de la *Charte* de fournir ces services sans discrimination en confiant aux hôpitaux la charge de réaliser cet objectif. Dans l'exécution de cette responsabilité, les hôpitaux doivent se conformer à la *Charte*.

De même, lorsqu'elle décide si un service est un avantage au sens de la *Medical Health Care Services Act*, la commission des services médicaux met en œuvre une politique gouvernementale, savoir veiller à ce que tous les résidents reçoivent gratuitement les services médicalement nécessaires. Il ne fait donc aucun doute que lorsqu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire la commission remplit une fonction gouvernementale et qu'elle est assujettie à la *Charte*.

En tant que personnes atteintes de surdité, les appellants appartiennent à un groupe énuméré au par. 15(1) — les personnes atteintes de déficiences physiques. De plus, il ne fait aucun doute que la distinction en cause est fondée sur une caractéristique personnelle sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent le régime de soins de santé. Ces valeurs sont la promotion de la santé, la prévention et le traitement des maladies et affections et la matérialisation de ces valeurs par le tru-

ease, and the realization of those values through a publicly funded health care system.

The only question in this case is whether the appellants have been afforded "equal benefit of the law without discrimination" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system applies equally to the deaf and hearing populations. The appellants' claim, nevertheless, is one of "adverse effects" discrimination, protection against which is provided by s. 15(1) of the *Charter*.

A discriminatory purpose or intention is not a necessary condition of a s. 15(1) violation. A legal distinction need not be motivated by a desire to disadvantage an individual or group in order to violate s. 15(1). It is sufficient if the effect of the legislation is to deny someone the equal protection or benefit of the law.

Adverse effects discrimination is especially relevant in the case of disability. In the present case the adverse effects suffered by deaf persons stem not from the imposition of a burden not faced by the mainstream population, but rather from a failure to ensure that deaf persons benefit equally from a service offered to everyone. Once it is accepted that effective communication is an indispensable component of the delivery of a medical service, it is much more difficult to assert that the failure to ensure that deaf persons communicate effectively with their health care providers is not discriminatory. To argue that governments should be entitled to provide benefits to the general population without ensuring that disadvantaged members of society have the resources to take full advantage of those benefits bespeaks a thin and impoverished vision of s. 15(1). It is belied, more importantly, by the thrust of this Court's equality jurisprudence.

Section 15(1) makes no distinction between laws that impose unequal burdens and those that deny equal benefits. The government will be required (at least at the s. 15(1) stage of analysis) to take special measures to ensure that disadvantaged groups are able to benefit equally from government services. If there are policy reasons in favour of limiting the government's responsibility to ameliorate disadvantage in the provision of

chement d'un régime de soins de santé financé sur les deniers publics.

La seule question à trancher en l'espèce est de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d'assurance-maladie s'applique d'une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Néanmoins, les appelants invoquent la discrimination découlant d'«effets préjudiciables», type de discrimination contre lequel le par. 15(1) de la *Charte* accorde une protection.

L'existence d'un but ou d'une intention discriminatoire n'est pas une condition nécessaire à l'existence d'une atteinte au par. 15(1). Il n'est pas nécessaire qu'une distinction établie par la loi soit motivée par le désir de défavoriser un individu ou un groupe pour constituer une atteinte au par. 15(1). Il suffit que l'effet de la loi prive une personne de l'égalité de protection ou de bénéfice de la loi.

La discrimination découlant d'effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences. Dans le présent cas, l'effet préjudiciable subi par les personnes atteintes de surdité découle non pas du fait qu'on leur impose un fardeau que n'a pas à supporter la population en général, mais plutôt du fait qu'on ne fait pas en sorte qu'elles bénéficient d'une manière égale d'un service offert à tous. Une fois qu'il est admis que des communications efficaces constituent un élément indispensable à la prestation des services médicaux, il devient beaucoup plus difficile d'affirmer que l'omission de faire en sorte que les personnes atteintes de surdité puissent communiquer efficacement avec les professionnels de la santé qu'elles consultent n'est pas discriminatoire. Affirmer que les gouvernements devraient être autorisés à accorder des avantages à la population en général sans devoir faire en sorte que les membres défavorisés de la société aient les ressources pour bénéficier pleinement de ces avantages témoigne d'une vision étroite et peu généreuse du par. 15(1). Fait plus important encore, elle va à contre-courant de la jurisprudence de notre Cour sur l'égalité.

Le paragraphe 15(1) ne fait pas distinction entre les lois qui imposent des fardeaux inégaux et celles qui n'accordent pas des avantages égaux. Le gouvernement sera tenu (du moins à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1)) de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d'une manière égale des services gouvernementaux. S'il existe des raisons de principe en

benefits and services, those policies are more appropriately considered in determining whether any violation of s. 15(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

The principle that discrimination can accrue from a failure to take positive steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is widely accepted in the human rights field. It is also a cornerstone of human rights jurisprudence that the duty to take positive action to ensure that members of disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is subject to the principle of reasonable accommodation. In s. 15(1) cases this principle is best addressed as a component of the s. 1 analysis. Reasonable accommodation, in this context, is generally equivalent to the concept of "reasonable limits". It should not be employed to restrict the ambit of s. 15(1).

The failure of the Medical Services Commission and hospitals to provide sign language interpretation where it is necessary for effective communication constitutes a *prima facie* violation of the s. 15(1) rights of deaf persons. This failure denies them the equal benefit of the law and discriminates against them in comparison with hearing persons. Although the standard set is broad, this is not to say that sign language interpretation will have to be provided in every medical situation. The "effective communication" standard is a flexible one, and will take into consideration such factors as the complexity and importance of the information to be communicated, the context in which the communications will take place and the number of people involved. For deaf persons with limited literacy skills, sign language interpretation can be surmised to be required in most cases.

The application of the *Oakes* test requires close attention to the context in which the impugned legislation operates. In the present case, the failure to provide sign language interpreters would fail the minimal impairment branch of the *Oakes* test under a deferential approach. It was, therefore, unnecessary to decide whether in this "social benefits" context, where the

faveur de la limitation de l'obligation du gouvernement de remédier au désavantage découlant de la fourniture d'avantages et de services, il convient davantage d'étudier ces principes au moment de trancher la question de savoir si la violation du par. 15(1) est justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*.

Le principe selon lequel la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général est largement accepté dans le domaine des droits de la personne. Une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est le fait que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. Dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d'appliquer ce principe dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des «limites raisonnables». Il ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1).

Le fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d'interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis par le par. 15(1) aux personnes atteintes de surdité. Cette omission prive ces personnes de l'égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants. Même si la norme énoncée a une large portée, cela ne veut pas dire que l'interprétation gestuelle doit être fournie dans tous les cas où un patient reçoit des soins de santé. La norme des «communications efficaces» est une norme souple, qui tient compte de facteurs tels que la complexité et l'importance de l'information à communiquer, le contexte dans lequel les communications auront lieu et le nombre de participants. Dans le cas des personnes atteintes de surdité dont la capacité de lire et d'écrire est limitée, il est permis de supposer que l'interprétation gestuelle sera requise dans la plupart des cas.

L'application du critère de l'arrêt *Oakes* commande un examen attentif du contexte dans lequel s'inscrit le texte de loi attaqué. En l'espèce le fait de ne pas fournir des services d'interprètes gestuels ne satisfierait pas au volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes*, si on faisait montre de retenue. Par conséquent, il n'était pas nécessaire, dans le présent contexte où des «avan-

choice is between the needs of the general population and those of a disadvantaged group, a deferential approach should be adopted. At the same time, the leeway to be granted to the state is not infinite. Governments must demonstrate that their actions infringe the rights in question no more than is reasonably necessary to achieve their goals. In the present case, the government has manifestly failed to demonstrate that it had a reasonable basis for concluding that a total denial of medical interpretation services for the deaf constituted a minimum impairment of their rights.

Moreover, it is purely speculative to argue that the government, if required to provide interpreters for deaf persons, will also have to do so for other non-official language speakers, thereby increasing the expense of the program dramatically. The possibility that a s. 15(1) claim might be made by members of the latter group cannot justify the infringement of the constitutional rights of the deaf. The appellants ask only for equal access to services that are available to all. The respondents have presented no evidence that this type of accommodation, if extended to other government services, will unduly strain the fiscal resources of the state. The government has not made a "reasonable accommodation" of the appellants' disability nor has it accommodated the appellants' need to the point of undue hardship.

The appropriate and just remedy was to grant a declaration that this failure is unconstitutional and to direct the government of British Columbia to administer the *Medical and Health Care Services Act* and the *Hospital Insurance Act* in a manner consistent with the requirements of s. 15(1). A declaration, as opposed to some kind of injunctive relief, was the appropriate remedy because there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of the current system. It was appropriate to suspend the effectiveness of the declaration for six months to enable the government to explore its options and formulate an appropriate response.

tages sociaux» sont en cause et où il faut choisir entre les besoins de la population en général et ceux d'un groupe défavorisé, de décider s'il convient de faire montre de retenue. Cependant, la liberté d'action qui doit être accordée à l'État n'est pas infinie. Les gouvernements doivent démontrer que leurs actions ne portent pas atteinte aux droits en question plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour réaliser leurs objectifs. Dans la présente espèce, le gouvernement n'a manifestement pas démontré qu'il était raisonnablement fondé à conclure que le refus complet de fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité constituait une atteinte minimale aux droits de celles-ci.

Qui plus est, ce n'est que pure spéculation que de prétendre que le gouvernement, si on l'oblige à fournir des interprètes aux personnes atteintes de surdité, devra également en fournir aux autres personnes qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles, augmentant ainsi de façon marquée le coût du programme. La possibilité qu'une action fondée sur le par. 15(1) puisse être présentée par les membres de ce dernier groupe ne saurait justifier l'atteinte aux droits constitutionnels des personnes atteintes de surdité. Les appelants ne réclament que l'égalité d'accès à des services qui sont disponibles à tous. Les intimés n'ont présenté aucune preuve que ce type d'accommodement, s'il était étendu à d'autres services gouvernementaux, grèverait de manière excessive le budget de l'État. Le gouvernement n'a fait aucun «accommodement raisonnable» pour tenir compte de la déficience des appelants et il n'a pas pris, à l'égard de leurs besoins, des mesures d'accommodement au point d'en subir des contraintes excessives.

La réparation convenable et juste consiste à déclarer que cette omission est inconstitutionnelle et à ordonner au gouvernement de la Colombie-Britannique d'appliquer la *Medical and Health Care Services Act* et l'*Hospital Insurance Act* d'une manière compatible avec les exigences du par. 15(1). Le jugement déclaratoire, par opposition à l'injonction, est la réparation convenable en l'espèce parce que le gouvernement dispose d'une myriade de solutions susceptibles de remédier à l'inconstitutionnalité du régime actuel. Il convient de suspendre l'effet du jugement déclaratoire pendant six mois afin de permettre au gouvernement d'examiner les possibilités qui s'offrent à lui et d'élaborer une solution appropriée.

Cases Cited

Followed: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; **considered:** *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; **distinguished:** *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *James v. Cowan*, [1932] A.C. 542; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 5 D.L.R. (4th) 766, aff'g (1983), 147 D.L.R. (3d) 58; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Washington, Mayor of Washington, D.C. v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977); *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979); *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. vi; *Howard v. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353; *Centre de*

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; **arrêts examinés:** *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *James c. Cowan*, [1932] A.C. 542; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 5 D.L.R. (4th) 766, confirmant (1983), 147 D.L.R. (3d) 58; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *Minister of Home Affairs c. Fisher*, [1980] A.C. 319; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Washington, Mayor of Washington, D.C. c. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Village of Arlington Heights c. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977); *Personnel Administrator of Massachusetts c. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979); *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93,

la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. v. Régie du logement, [1996] R.J.Q. 1776; *Bonner v. Lewis*, 857 F.2d 559 (1988); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. vi; *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353; *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776; *Bonner c. Lewis*, 857 F.2d 559 (1988); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Statutes and Regulations Cited

Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §§ 12182-12189 (1997).
Canada Health Act, R.S.C., 1985, c. C-6, ss. 2 “hospital services”, “insured health services”, “physician services”, 3, 4 [repl. *Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, s. 35], 5 [*idem*, s. 36], 7, 9.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), 24(1), 32.
Code of Federal Regulations, 28 C.F.R. § 35.160 (1997); 28 C.F.R. § 36.303(b) and (c) (1997); 45 C.F.R. § 84.52(c) (1997).
Constitution Act, 1867, 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), ss. 1, 3(1), 5(1)(a), (d) [am. *Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 4)*, 1987, S.B.C. 1987, c. 59, s. 7], (e) [*idem*], (f) [*idem*], 9, 10(1), 13(1), 15(3)(c), 29(b) [am. *Health Statutes Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, c. 9, s. 19].
Hospital Insurance Act Regulations, B.C. Reg. 25/61, ss. 5.1 [am. B.C. Reg. 245/80, s. 6], 5.7 [en. B.C. Reg. 219/65, s. 2; am. B.C. Reg. 245/80, s. 6], 5.8 [*idem*], 5.22 [en. B.C. Reg. 225/88; am. B.C. Regs. 44/89; 218/93].
Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 76 (now the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286), ss. 1 “benefits”, 4(1)(c), (j), (2), 6, 8(1).
Medical Service Act Regulations, B.C. Reg. 144/68, ss. 4.04, 4.09.
Rehabilitation Act, 29 U.S.C. § 794 (1997).
United States Constitution, Fourteenth Amendment.

Lois et règlements cités

Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. §§ 12182-12189 (1997).
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), 24(1), 32.
Code of Federal Regulations, 28 C.F.R. § 35.160 (1997); 28 C.F.R. § 36.303(b) et (c) (1997); 45 C.F.R. § 84.52(c) (1997).
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), art. 1, 3(1), 5(1)a), d) [mod. *Miscellaneous Statutes Amendment Act (No. 4)*, 1987, S.B.C. 1987, ch. 59, art. 7], e) [*idem*], f) [*idem*], 9, 10(1), 13(1), 15(3)c), 29b) [mod. *Health Statutes Amendment Act, 1985*, S.B.C. 1985, ch. 9, art. 19].
Hospital Insurance Act Regulations, B.C. Reg. 25/61, ss. 5.1 [mod. B.C. Reg. 245/80, art. 6], 5.7 [ad. B.C. Reg. 219/65, art. 2; mod. B.C. Reg. 245/80, art. 6], 5.8 [*idem*], 5.22 [ad. B.C. Reg. 225/88; mod. B.C. Reg. 44/89; 218/93].
Loi canadienne sur la santé, L.R.C. (1985), ch. C-6, art. 2 «services hospitaliers», «services de santé assurés», «services médicaux», 3, 4 [rempl. par *Loi d'exécution du budget 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 35], 5 [*idem*, art. 36], 7, 9.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286), art. 1 «benefits», 4(1)c), j), (2), 6, 8(1).
Medical Service Act Regulations, B.C. Reg. 144/68, art. 4.04, 4.09.
Rehabilitation Act, 29 U.S.C. § 794 (1997).

Authors Cited

- Canada. Minister of Human Resources Development. Improving Social Security in Canada. *Persons with Disabilities: A Supplementary Paper*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994.
- Canada. Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division. Target Groups Project. *A Portrait of Persons with Disabilities*. Ottawa: Statistics Canada, 1995.
- Canadian Bar Association. Task Force on Health Care. *What's Law Got to Do with It? Health Care Reform in Canada*. Ottawa: The Association, 1994.
- Chilton, Elizabeth Ellen. "Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients" (1996), 47 *Hastings L.J.* 871.
- Elliot, Robin. "Scope of the Charter's Application" (1993), 15 *Advocates' Q.* 204.
- Goundry, Sandra A., and Yvonne Peters. *Litigating for Disability Equality Rights: The Promises and the Pitfalls*. Prepared for the Canadian Disability Rights Council, Winnipeg. Winnipeg: Canadian Disability Rights Council, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Lepofsky, M. David. "A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?" (1997), 7 *N.J.C.L.* 263.
- McLachlin, Beverley. "The Evolution of Equality" (1996), 54 *Advocate* 559.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Pothier, Dianne. "M'Aider, Mayday: Section 15 of the Charter in Distress" (1996), 6 *N.J.C.L.* 295.
- Ross, June M. "Applying the Charter to Discretionary Authority" (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 382.
- Sacks, Oliver. *Seeing Voices: A Journey Into the World of the Deaf*. Los Angeles: University of California Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 156, 59 B.C.A.C. 254, 98 W.A.C. 254, 125 D.L.R. (4th) 323, [1995] B.C.J. No. 1168 (QL), dismissing an appeal from a judgment of Tysoe J. (1992), 75 B.C.L.R. (2d) 68, [1992] B.C.J. No. 2229 (QL). Appeal allowed.

Doctrine citée

- Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur les soins de santé. *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*. Ottawa: L'Association, 1994.
- Canada. Ministère du Développement des ressources humaines. La sécurité sociale dans le Canada de demain. *Personnes handicapées: Un document d'information*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1994.
- Canada. Statistique Canada. Division des statistiques sociales, du logement et des familles. Projet des groupes cibles. *Un portrait des personnes ayant une incapacité*. Ottawa: Statistique Canada, 1995.
- Chilton, Elizabeth Ellen. «Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients» (1996), 47 *Hastings L.J.* 871.
- Elliot, Robin. «Scope of the Charter's Application» (1993), 15 *Advocates' Q.* 204.
- Goundry, Sandra A., and Yvonne Peters. *Litigating for Disability Equality Rights: The Promises and the Pitfalls*. Prepared for the Canadian Disability Rights Council, Winnipeg. Winnipeg: Canadian Disability Rights Council, 1994.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Lepofsky, M. David. «A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?» (1997), 7 *N.J.C.L.* 263.
- McLachlin, Beverley. «The Evolution of Equality» (1996), 54 *Advocate* 559.
- McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Pothier, Dianne. «M'Aider, Mayday: Section 15 of the Charter in Distress» (1996), 6 *N.J.C.L.* 295.
- Ross, June M. «Applying the Charter to Discretionary Authority» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 382.
- Sacks, Oliver. *Des yeux pour entendre: voyage au pays des sourds*. Traduit de l'anglais par Christian Cler. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 156, 59 B.C.A.C. 254, 98 W.A.C. 254, 125 D.L.R. (4th) 323, [1995] B.C.J. No. 1168 (QL), qui a rejeté l'appel de la décision du juge Tysoe (1992), 75 B.C.L.R. (2d) 68, [1992] B.C.J. No. 2229 (QL). Pourvoi accueilli.

Lindsay M. Lyster and Andrea L. Zwack, for the appellants.

Harvey M. Groberman and Lisa J. Mrozinski, for the respondents.

Judith Bowers, Q.C., and *Simon Fothergill*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Richard J. K. Stewart, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

B. Gale Welsh, Q.C., for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

Jennifer Scott, Katherine Hardie and Judy Par-rack, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada.

Martha Jackman and Arne Peltz, for the inter-
vener the Charter Committee on Poverty Issues.

David Baker and Patricia Bregman, for the interveners the Canadian Association of the Deaf, the Canadian Hearing Society and the Council of Canadians with Disabilities.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises the question whether a provincial government's failure to provide funding for sign language interpreters for deaf persons when they receive medical services violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellants assert that, because of the communication barrier that exists between deaf persons and health care providers, they receive a lesser quality of medical services than hearing persons. The failure to pay for interpreters, they contend, infringes their right to equal benefit

Lindsay M. Lyster et Andrea L. Zwack, pour les appelants.

Harvey M. Groberman et Lisa J. Mrozinski, pour les intimés.

Judith Bowers, c.r., et *Simon Fothergill*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Richard J. K. Stewart, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

B. Gale Welsh, c.r., pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Jennifer Scott, Katherine Hardie et Judy Par-rack, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

Martha Jackman et Arne Peltz, pour l'interven-
nant le Charter Committee on Poverty Issues.

David Baker et Patricia Bregman, pour les intervenants l'Association des sourds du Canada, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi sou-
lève la question de savoir si le fait qu'un gouverne-
ment provincial ne finance pas de services d'inter-
prétation gestuelle à l'intention des personnes
atteintes de surdité lorsqu'elles reçoivent des ser-
vices médicaux viole le par. 15(1) de la *Charte
canadienne des droits et libertés*. Les appelants
soutiennent que, en raison de l'obstacle à la com-
munication qui se dresse entre les personnes
atteintes de surdité et les professionnels de la
santé, les premières reçoivent des services de santé
de qualité inférieure à ceux reçus par les enten-
dants. Le fait de ne pas payer pour les services
d'interprètes, affirment-ils, porte atteinte à leur

of the law without discrimination based on physical disability.

Factual Background

² Medical care in British Columbia is delivered through two primary mechanisms. Hospital services are funded by the government through the *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), which reimburses hospitals for the medically required services they provide to the public. Funding for medically required services delivered by doctors and other health care practitioners is provided by the province's Medical Services Plan, which is established and regulated by the *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, c. 76 (now known as the *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286). Neither of these programs pays for sign language interpretation for the deaf.

³ Until 1990, the Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, a private, non-profit agency, provided free medical interpreting services for deaf persons in the Lower Mainland of British Columbia. This program was funded entirely from private sources without any contribution from the provincial government. In September 1990, the Institute discontinued the service because it no longer had sufficient funds to pay for it.

⁴ Prior to cancelling the program, the Institute made two requests of the Ministry of Health for funding. At the time, it had contracts with a number of government departments to provide sign language interpreters in connection with various services. The Institute requested similar funding for the provision of interpreters in the medical setting, suggesting that sign language interpretation be covered as an insured benefit under the Medical Services Plan. The first request was made in 1989 and was declined out of hand. The second request was made in May 1990 after the Institute had decided that it could no longer fund the service.

droit à l'égalité de bénéfice de la loi indépendamment de toute discrimination fondée sur la déficience physique.

Les faits

En Colombie-Britannique, les soins de santé sont fournis par l'entremise de deux mécanismes principaux. Sous le régime de l'*Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), l'État finance les services hospitaliers en remboursant aux hôpitaux les services médicalement nécessaires qu'ils fournissent à la population. Le financement des services médicaux nécessaires fournis par les médecins et d'autres professionnels de la santé vient du *Medical Services Plan* (le régime de services médicaux de la province), établi et régi par la *Medical and Health Care Services Act*, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant la *Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286). Ni l'un ni l'autre de ces régimes ne pourvoit au paiement de services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité.

Jusqu'en 1990, le Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, association privée à but non lucratif, fournissait gratuitement les services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité dans le Lower Mainland en Colombie-Britannique. Ce programme était financé entièrement par des fonds privés, sans aucune participation du gouvernement provincial. En septembre 1990, l'Institute a mis fin à ces services, ne disposant plus des fonds suffisants pour les offrir.

Avant d'annuler le programme, l'Institute a présenté deux demandes de financement au ministère de la Santé de la province. À l'époque, l'Institute fournissait, aux termes de contrats avec un certain nombre de ministères provinciaux, des services d'interprètes gestuels relativement à divers services. L'Institute a sollicité un financement analogue pour la fourniture de services d'interprètes dans le domaine de la santé, suggérant que l'interprétation gestuelle devienne un service couvert par le régime de services médicaux. La première demande, présentée en 1989, a été rejetée sur-le-champ. La seconde a été faite en mai 1990, après

The cost of the proposed program, which would have extended throughout the province, was estimated to be \$150,000 per year. The Ministry turned down the request on the basis that it would strain available resources and create a precedent for the funding of similar services for the non-English speaking immigrant community.

Each of the appellants was born deaf. Their preferred means of communication is sign language. They contend that the absence of interpreters impairs their ability to communicate with their doctors and other health care providers, and thus increases the risk of misdiagnosis and ineffective treatment. One of the appellants, Robin Eldridge, suffers from a number of medical conditions, including diabetes. She sees a general physician and a specialist a number of times per year. Neither of these doctors knows sign language. She has also been a patient in hospital on several occasions. The hospitals did not provide her with sign language interpreters. Prior to its termination, she used the Institute's free medical interpreting service. Subsequently, she hired an interpreter when she had surgery in hospital. She testified that she would continue to hire interpreters for important medical situations but could not afford to hire one for every visit to the doctor or hospital. She finds visiting her doctors without an interpreter very stressful and confusing since, in her view, she cannot communicate adequately with them. Her specialist testified that he was satisfied with the level of communication when a sign language interpreter was present. In the absence of an interpreter, he explained, he was unsure about the accuracy of information conveyed by Ms. Eldridge. Communication with her in these circumstances, he stated, was inhibited and frustrating.

que l'Institute a décidé qu'il n'était plus en mesure de financer les services. Le coût du programme proposé, qui aurait été offert dans l'ensemble de la province, a été estimé à 150 000 \$ par an. Le ministère a rejeté cette demande pour le motif que le programme aurait grevé les ressources dont il disposait et créé un précédent qui aurait pu être invoqué pour réclamer le financement de services analogues à l'intention des immigrants ne parlant pas l'anglais.

Chacun des appelants est sourd de naissance. Leur moyen de communication préféré est le langage gestuel. Ils prétendent que l'absence d'interprète diminue leur capacité de communiquer avec leurs médecins et les autres professionnels de la santé qu'ils consultent, et augmente de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces. L'un d'eux, Robin Eldridge, souffre de plusieurs troubles médicaux, notamment de diabète. Chaque année, elle voit à quelques reprises un médecin généraliste et un spécialiste. Ni l'un ni l'autre ne connaît le langage gestuel. Elle a en outre été hospitalisée à plusieurs occasions. Les hôpitaux ne lui ont pas fourni les services d'interprètes gestuels. Avant que l'Institute ne mette fin à son programme, elle recourait aux services d'interprétation médicale offerts gratuitement par l'Institute. Par la suite, elle a retenu les services d'un interprète à l'occasion d'une intervention chirurgicale à l'hôpital. Elle a témoigné qu'elle continuerait de retenir les services d'interprète pour les consultations médicales d'importance, mais qu'elle n'a pas les moyens de le faire chaque fois qu'elle se rend chez un médecin ou à l'hôpital. Pour elle, consulter ses médecins sans interprète est une source de stress et de confusion considérables car, à son avis, elle ne peut pas communiquer adéquatement avec eux. Son médecin spécialiste a témoigné qu'il était satisfait des communications entre eux lorsqu'un interprète gestuel était présent. Lorsqu'une telle personne était absente, a-t-il expliqué, il n'était pas certain de l'exactitude des renseignements communiqués par M^{me} Eldridge. Il a déclaré qu'à ces occasions il était difficile et frustrant de communiquer avec elle.

6

The other appellants, John and Linda Warren, see their doctor frequently. Although they had planned to hire an interpreter for the birth of their twin daughters, they were unable to procure one in time as the girls were born prematurely. Linda Warren testified that in the absence of an interpreter, the birth process was difficult to understand and frightening. During the birth, the nurse communicated to her through gestures that the heart rate of one of the babies had gone down. After the babies were born, they were immediately taken from her. Other than writing a note stating that they were "fine", no one explained their condition to her.

Les autres appelants, John et Linda Warren, consultent fréquemment leur médecin. Bien qu'ils aient projeté de retenir les services d'un interprète pour la naissance de leurs filles jumelles, ils n'ont pas été en mesure de le faire à temps car les filles sont nées prématurément. Linda Warren a témoigné qu'en l'absence d'interprète l'accouchement avait été un processus difficile à comprendre et effrayant. Pendant l'accouchement, l'infirmière lui a fait savoir par gestes que la fréquence cardiaque de l'un des bébés avait ralenti. Après la naissance des filles, elles lui ont été enlevées immédiatement. À l'exception d'une note lui indiquant qu'elles «allaient bien», elle n'a obtenu aucune autre explication sur leur état de qui que ce soit.

7

The Warrens' physician, who does not know sign language, testified that communication by written notes is time consuming, impractical and has the potential to result in harm in some circumstances. Adequate communication, she related, is particularly critical for childbirth. If the doctor can communicate with the patient so that the patient is able to help with the delivery, she explained, complications are less likely to occur and the patient is less apt to have a traumatic birth. In her view, writing notes is not effective in these circumstances; an interpreter is necessary for proper communication. At the time of the trial, the Warrens were expecting another child and wished to have an interpreter present at the birth. They stated that they would not be able to afford one for this purpose or for other visits to their doctor.

Le médecin des Warren, qui ne connaît pas le langage gestuel, a témoigné que le fait de communiquer par échange de notes prend du temps, n'est pas pratique et peut, dans certaines circonstances, être préjudiciable. De bonnes communications, a-t-elle affirmé, sont particulièrement cruciales à l'accouchement. Elle a expliqué que si le médecin peut communiquer avec la patiente, de façon que celle-ci puisse aider à l'accouchement, il risque moins de se produire de complications et la patiente est moins susceptible d'avoir un accouchement traumatique. À son avis, l'échange de notes est une méthode inefficace en pareille situation; un interprète est nécessaire pour permettre de bonnes communications. Au moment du procès, les Warren attendaient un autre enfant et désiraient qu'un interprète soit présent à l'accouchement. Ils ont dit ne pas avoir les moyens d'en engager un soit à cette fin soit pour les autres visites chez leur médecin.

8

At trial, the appellants adduced expert testimony explaining that many deaf persons are severely limited in their ability to read and write. The average deaf person, one expert related, has a grade three literacy level. Evidence was also led indicating that miscommunication between deaf persons and their doctors may lead to misdiagnosis. It was also noted that in Alberta and Manitoba the provincial government funds interpreting services for

Au procès, les appelants ont présenté des témoignages d'experts expliquant que, chez bon nombre de personnes atteintes de surdité, l'aptitude à lire et à écrire est grandement limitée. Selon un expert, les personnes atteintes de surdité ont en moyenne un niveau d'alphabétisation correspondant à une troisième année. On a également témoigné que de mauvaises communications entre une personne atteinte de surdité et son médecin peuvent entra -

the deaf giving the highest priority to medical interpretation.

The respondents presented evidence relating to the budgetary process of the Ministry of Health and the structure of the Medical Services Plan. The government, witnesses explained, does not provide any services directly. Rather, it pays for the provision of medical services by the medical and health care practitioners on a fee-for-service basis. The Plan covers most health services; however there are a number of services that are not included or are funded only in part. These include the services of clinical psychologists, occupational therapists, speech therapists, nutritional counsellors and dentists. Moreover, the province does not pay for such medically related expenses as artificial limbs, hearing aids, or wheelchairs and provides only limited funding for prescription drugs.

Hospitals in British Columbia are funded through lump sum "global" payments that they are for the most part free to allocate as they see fit. They are rarely ordered by government to provide specific services. In those instances, they are generally required to fund the service out of their global budgets. The government does provide some funding for specific programs, such as heart transplantation, but this is infrequent.

Judicial History

The appellants filed an application in the Supreme Court of British Columbia seeking, *inter alia*, a declaration that the failure to provide sign language interpreters as an insured benefit under the Medical Services Plan violates s. 15(1) of the *Charter*. Tysoe J. dismissed the application ((1992), 75 B.C.L.R. (2d) 68), finding that this failure did not infringe s. 15(1). He determined that sign language interpretation is ancillary to medically required services in much the same way

ner un mauvais diagnostic. On a de plus souligné que les gouvernements de l'Alberta et du Manitoba financent des services d'interprétation à l'intention des personnes atteintes de surdité, en priorité dans le domaine de la santé.

Les intimés ont produit des éléments de preuve sur le processus budgétaire du ministère de la Santé et sur la structure du régime de services médicaux. Le gouvernement, au dire des témoins, ne fournit aucun service directement. Il paie plutôt le coût de leur prestation par les médecins et les autres professionnels de la santé selon un mécanisme de paiement à l'acte. Le régime assure la plupart des services de santé. Toutefois, certains services ne sont pas inclus ou ne sont financés qu'en partie. Parmi ceux-ci, mentionnons ceux offerts par les psychologues cliniciens, les ergothérapeutes, les orthophonistes, les diététistes et les dentistes. De plus, la province n'acquitte pas les frais connexes tels ceux relatifs aux membres artificiels, prothèses auditives ou fauteuils roulants, et elle ne finance que de façon limitée les médicaments délivrés sur ordonnance.

En Colombie-Britannique, les hôpitaux reçoivent leur financement sous forme de paiements «globaux», qu'ils sont pour l'essentiel libres de dépenser comme ils jugent bon de le faire. Le gouvernement leur dicte rarement la nature des services à fournir. Lorsqu'il le fait, l'hôpital est généralement tenu de supporter le coût de ces services sur son budget global. Le gouvernement verse des fonds à l'égard de programmes déterminés, comme la transplantation cardiaque, mais c'est peu fréquent.

Les décisions des juridictions inférieures

Les appellants ont déposé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une demande dans laquelle ils sollicitaient, entre autres choses, un jugement déclaratoire portant que le fait de ne pas offrir des services d'interprètes gestuels en tant qu'avantage assuré dans le cadre du régime de services médicaux viole le par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Tysoe a rejeté cette demande ((1992), 75 B.C.L.R. (2d) 68), concluant que ce fait ne constituait pas une violation de cette disposition. Il a

9

10

11

as is transportation to a doctor's office. Any disadvantage suffered by the deaf, he concluded, is not the result of the government's failure to provide such services, but is rather the result of a limitation that exists outside the legislation.

12 In Tysoe J.'s view, the *Charter* does not require governments to implement programs to assist disabled persons. If the government provides a benefit, he stated, s. 15(1) requires that it be distributed equally. There is no obligation, however, to provide the benefit in the first place. He thus concluded that while it is desirable that deaf persons have interpreters for medical procedures and that the cost be borne by society if they cannot afford to pay, s. 15(1) does not demand this result.

13 On appeal to the British Columbia Court of Appeal (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 156, the majority (Hollinrake and Cumming J.J.A.) held that the lack of interpreting services in hospitals is not discriminatory because the *Hospital Insurance Act* does not provide any "benefit of the law" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. Writing for the majority, Hollinrake J.A. noted that the extent of the services provided by each hospital is subject to its own decision as to how to spend the global grant received from government. The absence of interpreters, he thus found, results not from the legislation but rather from each hospital's budgetary discretion. Because hospitals are not "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*, he concluded, their failure to provide interpretation does not engage s. 15(1).

14 He next determined that the *Medical and Health Care Services Act* did not violate s. 15(1) of the *Charter* because it did not create a distinction

décidé que l'interprétation gestuelle était un service connexe des services médicalement nécessaires, sensiblement de la même manière que le transport du patient au cabinet du médecin. Tout désavantage subi par les personnes atteintes de surdité, a-t-il conclu, ne résultait pas du fait que le gouvernement n'offrait pas ces services, mais plutôt de l'existence de limites indépendantes de la législation.

Du point de vue du juge Tysoe, la *Charte* n'exige pas que les gouvernements mettent en œuvre des programmes d'aide aux personnes handicapées. Si un gouvernement accorde un avantage, d'affirmer le juge, le par. 15(1) exige que cet avantage soit réparti également. Il n'existe toutefois pas au départ d'obligation d'accorder l'avantage en question. Le juge a donc conclu que, quoiqu'il soit souhaitable que les personnes atteintes de surdité disposent d'interprètes en contexte médical et que le coût de ces services soit supporté par la société s'ils n'ont pas les moyens de les payer, le par. 15(1) n'impose pas une telle obligation.

En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 7 B.C.L.R. (3d) 156, a statué, à la majorité (les juges Hollinrake et Cumming), que l'absence de services d'interprétation dans les hôpitaux ne créait pas de discrimination, étant donné que l'*Hospital Insurance Act* ne donne pas ouverture à l'application du «bénéfice de la loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. S'exprimant pour les juges majoritaires, le juge Hollinrake a écrit que l'étendue des services fournis par chaque hôpital dépend des décisions que prend celui-ci sur la manière de dépenser la somme globale reçue du gouvernement. De ce fait, a-t-il conclu, l'absence d'interprètes résulte non pas de la loi, mais bien du pouvoir discrétionnaire dont dispose chaque hôpital quant à l'affectation de ses ressources budgétaires. Comme les hôpitaux ne font pas partie du «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la *Charte*, a-t-il conclu, le fait qu'ils ne fournissent pas de services d'interprétation ne fait pas entrer en jeu le par. 15(1).

Le juge Hollinrake a ensuite décidé que la *Medical and Health Care Services Act* ne violait pas le par. 15(1) de la *Charte*, parce qu'elle ne créait pas

between the deaf and hearing populations. The proper approach to the application of adverse effects analysis to benefit-conferring legislation, he held, was to focus on the impact of the legislation on the disadvantaged group. In considering this impact, he opined, a distinction must be drawn between effects attributable to the legislation and those that exist independently of it. In the absence of legislation, deaf people would be required to pay their doctors in addition to translators in order to receive equivalent medical services to hearing persons. The legislation removes the responsibility of both hearing and deaf persons to pay their physicians. The inequality resulting from the fact that the deaf remain responsible for the payment of translators, in his view, exists independently of the legislation. Thus, he concluded that the legislation provided the benefit of free medical services equally to the hearing and deaf populations.

Lambert J.A., in contrast, held that the legislation violated s. 15(1). He noted that many deaf patients, including the appellants, have difficulty communicating by writing. As a result, cases will arise where doctors will be unable to discharge their professional obligations without the aid of an interpreter. Because effective communication is an integral part of medical care, he concluded, sign language interpretation should not be considered a merely ancillary service. In his view, it is no answer to say that before the benefit was enacted, deaf persons were at a disadvantage and that this burden has not been increased by the provision of the benefit. The proper question is whether the law confers a benefit to which the disadvantaged group does not have the same access as others. He thus concluded that the *Medical and Health Care Services Act* discriminated against the appellants where they seek to obtain medical services that require, for the discharge of the practitioner's professional obligations, effective communication between the practitioner and the patient, and where

de distinction entre les personnes atteintes de surdité et celles qui entendent. Il a stat  que la bonne façon d'appliquer l'analyse fondée sur les effets préjudiciables à une loi accordant un avantage consistait à s'attacher aux répercussions de cette loi sur le groupe défavorisé. Il a dit être d'avis que, dans l'examen de ces effets, il convient de faire une distinction entre les effets attribuables à la loi et ceux qui existent indépendamment de celle-ci. En l'absence de cette loi, les personnes atteintes de surdité seraient obligées de payer et leurs médecins et leurs interprètes afin de recevoir des services médicaux équivalents à ceux fournis aux personnes qui entendent. La loi dégage   la fois ces personnes et celles atteintes de surdité de l'obligation de payer leurs médecins. De l'avis du juge, l'inégalité résultant du fait que les personnes atteintes de surdité demeurent tenues de payer les interprètes existe indépendamment de la loi. En conséquence, il a conclu que la loi accordait d'une manière égale aux personnes atteintes de surdité et à celles qui entendent l'avantage de services médicaux gratuits.

  l'opposé, le juge Lambert a stat  que la loi violait le par. 15(1). Il a souligné que bon nombre de personnes atteintes de surdité, dont les appellants, ont de la difficulté à communiquer par écrit. Par conséquent, il arrive parfois que les médecins soient incapables de s'acquitter de leurs obligations professionnelles sans l'aide d'un interprète.  tant donné que des communications efficaces sont une partie intégrante de la prestation de soins médicaux, a-t-il conclu, l'interprétation gestuelle ne doit pas être considérée comme un simple service connexe.   son avis, ce n'est pas une réponse que d'affirmer que, avant que l'avantage ne soit accordé par la loi, les personnes atteintes de surdité étaient défavorisées, et que leur fardeau n'a pas été alourdi par la fourniture de l'avantage. Il faut plutôt se demander si la loi accorde un avantage auquel le groupe défavorisé n'a pas le même accès que les autres. Il a donc conclu que la *Medical and Health Care Services Act* créait de la discrimination à l'endroit des appellants dans les cas où, d'une part, ceux-ci ont besoin de services médicaux exigeant — pour que le professionnel de la santé concerné puisse s'acquitter de ses obligations — des

effective communication can only be achieved through the provision of translation services.

communications efficaces entre celui-ci et le patient, et où, d'autre part, l'efficacité de ces communications n'est possible qu'en fournissant des services de traduction.

16 Lambert J.A. found, however, that this infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. He noted the *Medical and Health Care Services Act* does not ensure comprehensive health care coverage. It does not provide for a number of products and services that are required by disabled persons, such as artificial limbs, hearing aids and wheelchairs. In the allocation of scarce financial resources, he stated, governments must make choices about spending priorities. In these circumstances, he held, courts should defer to legislative policy and administrative expertise.

Cependant, le juge Lambert a décidé que cette atteinte était justifiée conformément à l'article premier de la *Charte*. Il a souligné que la *Medical and Health Care Services Act* n'assure pas de façon exhaustive tous les soins de santé. En effet, elle ne pourvoit pas à la fourniture d'un certain nombre de produits et services dont les personnes handicapées ont besoin, par exemple les membres artificiels, les prothèses auditives et les fauteuils roulants. Les gouvernements doivent, a-t-il dit, établir des priorités dans l'affectation de ressources financières limitées. Vu ces circonstances, a-t-il conclu, les tribunaux doivent faire montre de déférence envers la politique législative et l'expertise administrative.

17 Leave to appeal to this Court was granted ([1996] 2 S.C.R. vi) and the following constitutional questions were stated:

L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée ([1996] 2 R.C.S. vi) et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Does the definition of "benefits" in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, S.B.C. 1992, c. 76, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include medical interpreter services for the deaf?
2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Do ss. 3, 5 and 9 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 180, and the Regulations enacted pursuant to s. 9 of that Act, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to require that hospitals in the Province of British Columbia provide medical interpreter services for the deaf?
4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

1. La définition du mot «*benefits*» [«*avantages*»] à l'art. 1 de la *Medicare Protection Act*, S.B.C. 1992, ch. 76, porte-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle n'inclut pas la prestation de services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. Les art. 3, 5 et 9 de l'*Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180, et le règlement pris en application de l'art. 9 de cette loi portent-ils atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'ils n'obligent pas les hôpitaux de la province de la Colombie-Britannique à fournir les services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité?
4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Issues

There are four principal issues to be considered in this appeal. First, it must be determined whether, and in what manner, the *Charter* applies to the decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of the publicly funded scheme for the provision of medical care. Second, the Court must decide whether this decision constitutes a *prima facie* violation of s. 15(1) of the *Charter*. Having found such a violation, it must be determined whether it is saved by s. 1. After concluding that it is not, an appropriate remedy must be crafted.

Application of the Charter

There are two distinct *Charter* “application” issues in this case. The first is to identify the precise source of the alleged s. 15(1) violations. As I will develop later, in my view it is not the impugned legislation that potentially infringes the *Charter*. Rather, it is the actions of particular entities — hospitals and the Medical Services Commission — exercising discretion conferred by that legislation that does so. The second question is whether the *Charter* applies to those entities. In my view, the *Charter* applies to both in so far as they act pursuant to the powers granted to them by the statutes. I deal with each of these questions in turn.

The Sources of the Alleged Charter Violations

Section 32(1)(b) of the *Charter* reads as follows:

32. (1) This Charter applies

. . .

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

There is no question, of course, that the *Charter* applies to provincial legislation; see *RWDSU v.*

Les questions en litige

Quatre questions principales doivent être examinées dans le présent pourvoi. Premièrement, il faut déterminer si la *Charte* s’applique à la décision de ne pas fournir des services d’interprètes gestuels aux personnes atteintes de surdité dans le cadre du régime public de soins de santé et, dans l’affirmative, de quelle manière elle s’y applique. Deuxièmement, notre Cour doit décider si cette décision constitue une atteinte à première vue au par. 15(1) de la *Charte*. Si c’est le cas, elle doit ensuite décider si cette atteinte est justifiée conformément à l’article premier. Si la réponse est non, une réparation convenable doit être élaborée.

L’application de la Charte

Deux questions distinctes se posent en l’espèce en ce qui concerne l’«application» de la *Charte*. La première consiste à déceler la source précise des violations alléguées du par. 15(1). Comme je vais l’exposer plus loin, je suis d’avis que ce ne sont pas les textes de loi attaqués qui sont susceptibles de violer la *Charte*. Ce sont plutôt les actes de certaines entités — les hôpitaux et la Medical Services Commission (la commission des services médicaux) — qui exercent un pouvoir discrétionnaire attribué par ces textes de loi. La deuxième question est celle de savoir si la *Charte* s’applique à ces entités. À mon avis, la *Charte* s’applique tant aux hôpitaux qu’à la commission des services médicaux, dans la mesure où ces entités agissent dans l’exercice des pouvoirs qui leur sont conférés par les lois. Je vais examiner chacune de ces questions à tour de rôle.

Les sources des violations alléguées de la Charte

L’alinéa 32(1)b) de la *Charte* est rédigé ainsi:

32. (1) La présente charte s’applique:

. . .

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législation.

Il ne fait évidemment aucun doute que la *Charte* s’applique aux lois provinciales: voir *SDGMR c.*

18

19

20

Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573. There are two ways, however, in which it can do so. First, legislation may be found to be unconstitutional on its face because it violates a *Charter* right and is not saved by s. 1. In such cases, the legislation will be invalid and the Court compelled to declare it of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Secondly, the *Charter* may be infringed, not by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it. In such cases, the legislation remains valid, but a remedy for the unconstitutional action may be sought pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573. Toutefois, elle peut s'y appliquer de deux manières. Premièrement, une loi peut être jugée inconstitutionnelle suivant son texte même parce qu'elle porte atteinte à un droit garanti par la *Charte* et que sa validité n'est pas sauvegardée par l'article premier. En pareil cas, la loi est invalide et le tribunal est tenu de la déclarer inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Deuxièmement, il est possible que la *Charte* soit violée non pas par la loi elle-même, mais par les actes d'un décideur à qui on a délégué son application. Dans un tel cas, la loi reste valide, mais une réparation peut être demandée en vertu du par. 24(1) de la *Charte* à l'égard de l'acte inconstitutionnel.

21

The s. 32 jurisprudence of this Court has for the most part focused on the first type of *Charter* violation. There is no doubt, however, that the *Charter* also applies to action taken under statutory authority. The rationale for this rule flows inexorably from the logical structure of s. 32. As Professor Hogg explains in his *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 34-8.3 and 34-9:

Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the *Charter*, neither body can authorize action which would be in breach of the *Charter*. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the *Charter* will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

The sentiment of Lord Atkin in speaking of a constitutional prohibition addressed solely at the legislative branch is also apposite: "The Constitution", he wrote, "is not to be mocked by substituting executive for legislative interference with freedom"; see *James v. Cowan*, [1932] A.C. 542 (P.C. Australia), at p. 558.

La jurisprudence de notre Cour relative à l'art. 32 a porté principalement sur le premier type d'atteinte à la *Charte*. Toutefois, il ne fait aucun doute que la *Charte* s'applique aussi aux actes accomplis en vertu de pouvoirs conférés par la loi. La justification de cette règle découle inexorablement de la structure logique de l'art. 32. Comme l'explique le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, aux pp. 34-8.3 et 34-9:

[TRADUCTION] Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la *Charte*, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la *Charte*. Ainsi, les limites que la *Charte* impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

L'opinion exprimée par lord Atkin au sujet d'une interdiction faite par la Constitution mais visant uniquement le pouvoir législatif est également à-propos: [TRADUCTION] «La Constitution», a-t-il écrit, «ne doit pas être bafouée en substituant à une entrave à la liberté créée par le législatif une entrave créée par l'exécutif»; *James c. Cowan*, [1932] A.C. 542 (C.P. Australie), à la p. 558.

The question in the present case, then, is whether the alleged breach of s. 15(1) arises from the impugned legislation itself or from the actions of entities exercising decision-making authority pursuant to that legislation. The proper framework for determining this question was set out by Lamer J. (as he then was) and approved by a majority of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. In that case the Court was faced with determining the constitutionality of orders issued by an adjudicator under the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, that were alleged to violate an employer's s. 2(b) right to freedom of expression. The Code endowed the adjudicator with a broad discretion to remedy the consequences of an unjust dismissal. There being no question that the *Charter* applied to the adjudicator, the only issue was whether it was the legislation or the order that potentially infringed the *Charter*. In determining this question, Lamer J. (as he then was) stated that legislation conferring a discretion must be interpreted, in so far as possible, consistently with the *Charter*. He explained as follows, at p. 1078:

As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily implied. Such an interpretation would require us to declare the legislation to be of no force or effect, unless it could be justified under s. 1. Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*, and he exceeds his jurisdiction if he does so.

En l'espèce, la question est donc de savoir si la violation du par. 15(1) qui est alléguée découle des textes de loi contestés eux-mêmes ou des actes d'entités qui exercent un pouvoir de décision en vertu de ces textes de loi. Le cadre d'analyse de cette question a été énoncé par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) et approuvé par notre Cour à la majorité dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Dans cette affaire, la Cour devait statuer sur la constitutionnalité d'ordonnances rendues par un arbitre en vertu du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, ordonnances qui, prétendait-on, violaient le droit à la liberté d'expression garanti à un employeur par l'al. 2b). Le Code conférait à l'arbitre un large pouvoir discrétionnaire pour réparer les conséquences d'un congédiement injuste. L'applicabilité de la *Charte* à l'arbitre ne faisant pas de doute, il restait à décider si c'était le texte de loi ou l'ordonnance qui pouvait avoir porté atteinte à la *Charte*. Pour trancher une telle question, a dit le juge Lamer (maintenant Juge en chef), il faut, dans la mesure du possible, interpréter toute mesure législative attributive de pouvoir discrétionnaire d'une manière compatible avec la *Charte*. Il a donné les explications suivantes, aux pp. 1077 et 1078:

La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait.

23

Following this schema, it is first necessary to decide whether the legislation impugned in the present appeal can be interpreted in conformity with the *Charter*. In *Slaight*, it was clear that the legislation granted the adjudicator a broad discretion. It was thus easy to conclude that it did not, either expressly or by necessary implication, confer a power to infringe the *Charter*. In the present case the task is more difficult. Indeed, in the court below the argument proceeded on the basis that the legislation was under-inclusive; that it violated s. 15(1) by failing to include medical interpreter services for the deaf in the definition of “benefits”, in the case of the *Medical and Health Care Services Act*, and “general hospital services”, in the case of the *Hospital Insurance Act*.

24

During the hearing before this Court, however, counsel for the appellants proposed an alternative argument akin to the framework set out in *Slaight*. She suggested that both statutes could be read to conform with s. 15(1). Under this theory, it is not the legislation that is constitutionally suspect, but rather the actions of delegated decision-makers in applying it. In my view, this is the correct approach to the *Charter* application issue in this case. In order to understand how I reach this conclusion, it is necessary to consider the statutory context of this appeal in some depth. With the exception of hospitals, which are the responsibility of the provinces by virtue of s. 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, health is not a matter assigned solely to one level of government; see *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at pp. 141-42 (per Estey J.). It is generally agreed, however, that the hospital insurance and medicare programs in force in this country come within the exclusive jurisdiction of the provinces under ss. 92(7) (hospitals), 92(13) (property and civil rights) and 92(16) (matters of a merely local or private nature); see Hogg, *supra*, at p. 6-16, and the Canadian Bar Association Task Force on Health Care, *What's*

Suivant ce schéma, il faut d'abord décider si les mesures législatives contestées dans le présent pourvoi peuvent être interprétées d'une manière qui soit conforme à la *Charte*. Dans *Slaight*, le texte de loi conférait clairement à l'arbitre un large pouvoir discrétionnaire. Il était donc facile de conclure qu'il ne conférait pas, ni expressément ni par implication nécessaire, le pouvoir de violer la *Charte*. Dans la présente espèce, la tâche est plus ardue. En effet, on a fait valoir devant la juridiction inférieure que les mesures législatives étaient trop limitatives, qu'elles portaient atteinte au par. 15(1) parce que la définition du mot «benefits» (ci-après «avantages») dans la *Medical and Health Care Services Act*, et celle des mots «general hospital services» (ci-après «services hospitaliers généraux») dans l'*Hospital Insurance Act* n'incluaient pas la prestation de services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité.

Toutefois, durant l'audience devant notre Cour, l'avocate des appelants a invoqué un autre argument, analogue au cadre énoncé dans *Slaight*. Elle a prétendu qu'il était possible d'interpréter les deux textes de loi d'une manière compatible avec le par. 15(1). Selon cette théorie, ce ne sont pas les textes de loi qui sont constitutionnellement suspects, mais bien les actes accomplis par les décideurs à qui on a délégué le pouvoir de les appliquer.   mon avis, il s'agit là de la bonne façon d'aborder la question relative à l'application de la *Charte* en l'espèce. Pour comprendre comment j'arrive à cette conclusion, il est nécessaire d'examiner de manière assez approfondie le cadre législatif du présent pourvoi. Si l'on fait abstraction des hôpitaux — qui relèvent de la compétence des provinces aux termes du par. 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — la santé n'est pas un sujet attribué exclusivement à un ordre de gouvernement; voir *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, aux pp. 141 et 142 (le juge Estey). Cependant, il est généralement admis que les programmes d'assurance-hospitalisation et d'assurance-maladie en vigueur dans notre pays ressortissent exclusivement à la compétence des provinces en vertu des par. 92(7) (hôpitaux), 92(13) (propriété et droits civils) et 92(16) (mat res d'une nature purement locale ou privée); voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 6-16,

Law Got to Do with It? Health Care Reform in Canada (1994), at p. 15.

This has not prevented the federal Parliament from playing a leading role in the provision of free, universal medical care throughout the nation. It has done so by employing its inherent spending power to set national standards for provincial medicare programs. The *Canada Health Act*, R.S.C., 1985, c. C-6, requires the federal government to contribute to the funding of provincial health insurance programs provided they conform with certain specified criteria. (The constitutionality of this kind of conditional grant, I note parenthetically, was approved by this Court in *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 567.) The purpose of the Act is set out in ss. 3 and 4 as follows:

3. It is hereby declared that the primary objective of Canadian health care policy is to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other barriers.

4. The purpose of this Act is to establish criteria and conditions in respect of insured health services and extended health care services provided under provincial law that must be met before a full cash contribution may be made.

Sections 5 and 7 require the federal government to contribute to provincial insurance schemes where certain conditions are met:

5. Subject to this Act, as part of the Canada Health and Social Transfer, a full cash contribution is payable by Canada to each province for each fiscal year.

7. In order that a province may qualify for a full cash contribution referred to in section 5 for a fiscal year, the health care insurance plan of the province must, throughout the fiscal year, satisfy the criteria described in sections 8 to 12 respecting the following matters:

- (a) public administration;
- (b) comprehensiveness;

et Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne* (1994), à la p. 16.

Cela n'a pas empêché le législateur fédéral de jouer un rôle important dans la fourniture de soins médicaux gratuits à tous dans les diverses régions du pays. Pour ce faire, il a utilisé son pouvoir inhérent de dépenser pour fixer des normes nationales à l'égard des programmes provinciaux d'assurance-maladie. Aux termes de la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. (1985), ch. C-6, le gouvernement fédéral doit contribuer au financement des programmes provinciaux d'assurance-maladie qui satisfont à certaines conditions d'octroi spécifiées. (Je souligne en passant que la constitutionnalité de ce genre de subvention conditionnelle a été confirmée par notre Cour dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 567.) L'objet de cette loi est énoncé à ses art. 3 et 4:

3. La politique canadienne de la santé a pour premier objectif de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre financier ou autre.

4. La présente loi a pour raison d'être d'établir les conditions d'octroi et de versement d'une pleine contribution pécuniaire pour les services de santé assurés et les services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d'une province.

Les articles 5 et 7 obligent le gouvernement fédéral à contribuer aux régimes provinciaux d'assurance lorsque certaines conditions sont remplies:

5. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Canada verse à chaque province, pour chaque exercice, une pleine contribution pécuniaire à titre d'élément du Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux. . .

7. Le versement à une province, pour un exercice, de la pleine contribution pécuniaire visée à l'article 5 est assujéti à l'obligation pour le régime d'assurance-santé de satisfaire, pendant tout cet exercice, aux conditions d'octroi énumérées aux articles 8 à 12 quant à:

- a) la gestion publique;
- b) l'intégralité;

25

26

- (c) universality;
- (d) portability; and
- (e) accessibility.

The condition of “comprehensiveness” is of particular importance to this appeal. Its meaning is delineated in s. 9:

9. In order to satisfy the criterion respecting comprehensiveness, the health care insurance plan of a province must insure all insured health services provided by hospitals, medical practitioners or dentists, and where the law of the province so permits, similar or additional services rendered by other health care practitioners. [Emphasis added.]

The phrase “insured health services” is defined in s. 2 of the Act to mean, *inter alia*, “hospital services” and “physician services” provided to insured persons. “Hospital services” are further described as including a number of specific services such as accommodation, nursing services and access to diagnostic and treatment facilities, so long as such services are “medically necessary for the purpose of maintaining health, preventing disease or diagnosing or treating an injury, illness or disability”. The definition of “physician services” does not list any specific benefits. It states only that they consist of “any medically required services rendered by medical practitioners”. The Act does not define the phrases “medically necessary” or “medically required”.

27

At the time of trial, the provision of medical treatment by doctors and other health care practitioners in British Columbia was governed by the *Medical and Health Care Services Act*. (It is now known as the *Medicare Protection Act*.) Its structure accords with the criteria set out in the *Canada Health Act*. Sections 6 and 8 of the *Medical and Health Care Services Act* entitle residents of the province to the benefits provided by the Act:

6. (1) A resident who wishes to be enrolled as a beneficiary on his or her own behalf, or on behalf of his or her spouse or children, must apply to the commission in the manner required by the commission.

- c) l'universalité;
- d) la transférabilité;
- e) l'accessibilité.

La condition d'«intégralité» présente une importance particulière dans le présent pourvoi. Elle est définie ainsi à l'art. 9:

9. La condition d'intégralité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé. [Je souligne.]

Suivant la définition qui en est donnée à l'art. 2 de la Loi, l'expression «services de santé assurés» vise notamment les «services hospitaliers» et les «services médicaux» fournis aux assurés. L'expression «services hospitaliers» est pour sa part définie comme incluant un certain nombre de services précis tels l'hébergement, les services infirmiers et l'accès aux installations de diagnostic et de traitement, dans la mesure où ces services sont «médicalement nécessaires pour le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités». La définition de «services médicaux» n'énumère aucun avantage particulier, indiquant seulement qu'il s'agit des «[s]ervices médicalement nécessaires fournis par un médecin». La Loi ne définit pas les mots «médicalement nécessaires».

Au moment du procès, la *Medical and Health Care Services Act* régissait, en Colombie-Britannique, la fourniture de traitements médicaux par les médecins et autres professionnels de la santé. (Cette loi s'appelle maintenant *Medicare Protection Act*.) Sa structure est conforme aux conditions d'octroi énoncées dans la *Loi canadienne sur la santé*. Les articles 6 et 8 de la *Medical and Health Care Services Act* accordent aux résidents de la province le droit aux avantages qu'elle prévoit:

[TRADUCTION]

6. (1) Le résident qui veut se faire inscrire à titre de bénéficiaire ou faire inscrire son conjoint ou ses enfants présente une demande en ce sens à la commission, selon les modalités fixées par celle-ci.

- (2) The commission must, after determining that the applicant, the spouse of the applicant and each of the applicant's children named in the application are residents, enroll as beneficiaries those covered by the application who are residents, effective not more than 3 months after receipt of the application.
8. (1) A beneficiary is, subject to sections 9 (1), 10, 13 and 14, entitled to have payment made for a benefit that he or she has received, in accordance with amounts in a payment schedule, less any applicable patient visit charge. [Emphasis added.]

“Benefit” is defined in s. 1 of the Act as follows:

1. In this Act

“benefits” means

- (a) medically required services rendered by a medical practitioner who is enrolled under section 12, unless the services are determined under section 4 by the commission not to be benefits,
- (b) required services prescribed as benefits under section 45 and rendered by a health care practitioner who is enrolled under section 12, or
- (c) medically required services performed in accordance with protocols agreed to by the commission, or on order of the referring practitioner, who is a member of a prescribed category of practitioner, in an approved diagnostic facility by, or under the supervision of, a medical practitioner who has been enrolled under section 12, unless the services are determined under section 4 by the commission not to be benefits. . . . [Emphasis added.]

Notably, the Act does not list the services that are “medically required” such that they qualify as “benefits” under the Act. With the exception of certain specialized services listed as “insured services” under the *Medical Service Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, s. 4.09, as amended, the legislation does not specify the benefits it provides. Section 4.04 of the Regulations does expressly state, however, that certain services, such as those provided solely for legal, industrial or insurance pur-

- (2) Après avoir établi que le demandeur, son conjoint et chacun de ses enfants nommés dans la demande sont bien des résidents, la commission, dans les 3 mois qui suivent la réception de la demande, inscrit à titre de bénéficiaires celles parmi les personnes visées par la demande qui sont des résidents.

8. (1) Sous réserve du par. 9(1) et des art. 10, 13 et 14, les bénéficiaires ont droit que soit versée à l'égard de tout avantage qu'ils ont reçu, la somme fixée dans le barème des tarifs, déduction faite des frais de visite imposés aux patients. [Je souligne.]

Le mot «avantages» est défini à l'art. 1 de la Loi:
[TRADUCTION]

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«avantages» Selon le cas:

- a) services médicalement nécessaires fournis par un médecin inscrit en vertu de l'article 12, sauf si la commission décide, en application de l'article 4, que les services en question ne sont pas des avantages;
- b) services nécessaires désignés comme étant des avantages en vertu de l'article 45 et fournis par un professionnel de la santé inscrit en vertu de l'article 12;
- c) services médicalement nécessaires fournis par un médecin inscrit en vertu de l'article 12, ou sous sa surveillance, dans un établissement de diagnostic approuvé et en conformité avec les protocoles homologués par la commission ou sur ordre du professionnel traitant, qui est membre d'une catégorie désignée de professionnels, sauf si la commission décide, en vertu de l'article 4, que les services en question ne sont pas des avantages. . . . [Je souligne.]

Il convient de souligner que la Loi n'énumère pas les services «médicalement nécessaires» admissibles au titre des «avantages» visés par la Loi. À l'exception de certains services spécialisés, énumérés parmi les [TRADUCTION] «services assurés» couverts par le *Medical Service Act Regulations*, B.C. Reg. 144/68, art. 4.09, et ses modifications, la législation ne précise pas les avantages qu'elle fournit. Toutefois, l'art. 4.04 du Règlement dit expressément que certains services ne sont pas

poses, as well as telephone advice and cosmetic procedures, are not insured. Sign language interpretation is not included. In the usual course, the determination of what constitutes a benefit is left to the discretion of the Medical Services Commission, a nine-member panel composed of representatives from the government, the British Columbia Medical Association and health care consumers. Pursuant to s. 4(1)(j) of the Act, the Commission is authorized to “determine whether a service is a benefit or whether any matter is related to the rendering of a benefit”. Conversely, s. 4(1)(c) empowers it to determine the services that are “not benefits under [the] Act”. The only limit on the Commission’s discretion is set out in s. 4(2), which cautions that its powers must not be exercised “in a manner that does not satisfy the criteria described in section 7 of the *Canada Health Act*”.

assurés, par exemple les consultations téléphoniques, la chirurgie esthétique et les services fournis uniquement à des fins d’ordre juridique ou industriel, ou à des fins d’assurance. L’interprétation gestuelle n’est pas incluse. Dans le cours normal des choses, la détermination de ce qui constitue un avantage est laissée à l’appréciation de la commission des services médicaux, organisme de neuf membres composé de représentants du gouvernement, de la British Columbia Medical Association et de consommateurs de soins de santé. En vertu de l’al. 4(1)(j) de la Loi, la commission est autorisée à [TRADUCTION] «décider si un service constitue un avantage ou si quelque chose se rapporte à la fourniture d’un avantage». Inversement, l’al. 4(1)(c) habilite la commission à décider quels services ne sont «pas des avantages visés par la Loi». La seule limite au pouvoir discrétionnaire de la commission est énoncée au par. 4(2), qui précise que les pouvoirs de cette dernière ne peuvent pas être exercés «d’une manière incompatible avec les conditions d’octroi énumérés à l’art. 7 de la *Loi canadienne sur la santé*».

29

Assuming that the failure to provide sign language interpreters in medical settings violates s. 15(1) of the *Charter* in some circumstances, I do not see how the *Medical and Health Care Services Act* can be interpreted as mandating that result. The legislation simply does not, either expressly or by necessary implication, prohibit the Medical Services Commission from determining that sign language interpretation is a “medically required” service and hence a benefit under the Act. Indeed, the appellants assert in relation to the s. 15(1) issue that sign language interpretation, where it is necessary for effective communication, is integrally related to the provision of general medical services. Their theory, about which I will have more to say later, is that the failure to provide sign language interpreters violates s. 15(1) because it prevents deaf patients from benefiting equally from the provision of medical services in comparison to hearing patients. If this is correct, then the *Charter* demands that free sign language interpretation be provided as part of any medical service offered to the general public, at least where the service requires a level of communication that only an

À supposer que le fait de ne pas fournir des services d’interprètes gestuels en contexte médical viole le par. 15(1) de la *Charte* dans certaines circonstances, je ne vois pas comment la *Medical and Health Care Services Act* peut être interprétée comme ayant pour effet de commander ce résultat. Cette loi n’interdit tout simplement pas à la commission des services médicaux, ni expressément ni par implication nécessaire, de décider que l’interprétation gestuelle est un service «médicalement nécessaire» et donc un avantage visé par la Loi. De fait, les appelants affirment, relativement à la question touchant le par. 15(1), que l’interprétation gestuelle — lorsqu’elle est nécessaire à l’efficacité des communications — fait partie intégrante de la prestation des services médicaux généraux. Suivant leur thèse, sur laquelle je vais revenir plus loin, le fait de ne pas fournir de services d’interprètes gestuels viole le par. 15(1) parce qu’il empêche les patients atteints de surdité de bénéficier de la prestation des services médicaux d’une manière égale aux personnes qui entendent. Si cette thèse est fondée, alors la *Charte* exige que l’interprétation gestuelle soit fournie gratuitement

interpreter can ensure. Under this approach, the legislation must be interpreted to include sign language interpretation as a “medically required service” in these circumstances. It is clear, therefore, that the failure to provide expressly for sign language interpretation in the *Medical and Health Care Services Act* does not violate s. 15(1) of the *Charter*. The Act does not list those services that are to be considered benefits; instead, it delegates the power to make that determination to a subordinate authority. It is the decision of authority that is constitutionally suspect, not the statute itself.

I pause to emphasize that not every conferral of statutory discretion may be interpreted consistently with the *Charter*. Some grants of discretion will necessarily infringe *Charter* rights notwithstanding that they do not expressly authorize that result; see, e.g., *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (Ont. C.A.), affirming (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.). In such cases it will generally be the statute, and not its application, that attracts *Charter* scrutiny; see June M. Ross, “Applying the Charter to Discretionary Authority” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 382. In the present case, however, the discretion accorded to the Medical Services Commission to determine whether a service qualifies as a benefit does not necessarily or typically threaten the equality rights set out in s. 15(1) of the *Charter*. It is possible, of course, for the Commission to infringe these rights in the course of exercising its authority. That possibility, however, is incidental to the purpose of discretion, which is to ensure that all medically required services are paid for by the government.

dans le cadre de tout service médical offert à la population en général, du moins quand le service exige un niveau de communication que seul un interprète permet d’assurer. Suivant cette approche, la loi doit être interprétée comme incluant l’interprétation gestuelle au titre des «services médicalement nécessaires» dans de telles circonstances. Par conséquent, il est clair que le fait de ne pas pourvoir expressément à la fourniture de l’interprétation gestuelle dans la *Medical and Health Care Services Act* ne viole pas le par. 15(1) de la *Charte*. La Loi n’énumère pas les services qui doivent être considérés comme des avantages. Au contraire, elle délègue le pouvoir de prendre cette décision à un organisme subordonné. C’est la décision de l’organisme qui est constitutionnellement suspecte, et non la loi elle-même.

J’ouvre une parenthèse pour souligner que ce ne sont pas toutes les dispositions attributives d’un pouvoir discrétionnaire qui peuvent être interprétées d’une manière compatible avec la *Charte*. Certaines dispositions de cette nature portent nécessairement atteinte à des droits garantis par la *Charte*, même si elles n’autorisent pas expressément ce résultat; voir, par exemple, *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.), confirmant (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.). En pareil cas, c’est généralement la loi et non son application qui entraîne l’examen fondé sur la *Charte*; voir June M. Ross, «Applying the Charter to Discretionary Authority» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 382. Dans le présent cas, toutefois, le pouvoir discrétionnaire qui est accordé à la commission des services médicaux pour lui permettre de décider si un service constitue un avantage ne menace pas nécessairement ou généralement les droits à l’égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Il est évidemment possible que la commission viole ces droits dans l’exercice de son pouvoir. Cependant, cette possibilité est une conséquence de l’objet du pouvoir discrétionnaire, qui est de faire en sorte que tous les services médicalement nécessaires soient payés par le gouvernement.

31

The situation is more complicated in the case of the *Hospital Insurance Act*. Section 3(1) of the Act states that “every qualified person or beneficiary is entitled to receive the general hospital services provided under this Act”. Unlike the *Medical and Health Care Services Act*, the *Hospital Insurance Act* defines the services it provides with some precision. Mirroring the definition of “hospital services” in the *Canada Health Act*, s. 5(1) of the *Hospital Insurance Act* describes the “general hospital services” that are to be provided by acute care hospitals as follows (equivalent provisions list services for extended care and out-patient facilities):

5. (1) The general hospital services provided under this Act are

- (a) for qualified persons requiring treatment for acute illness or injury: the public ward accommodation, necessary operating and case room facilities, diagnostic or therapeutic Xray and laboratory procedures, anaesthetics, prescriptions, drugs, dressings, cast materials and other services prescribed by regulation;

but do not include

- (d) transportation to or from the hospital,
- (e) services or treatment that the minister, or a person designated by him, determines, on a review of the medical evidence, the qualified person does not require, or
- (f) services or treatment for an illness or condition excluded by regulation of the Lieutenant Governor in Council. [Emphasis added.]

32

It could be argued that by including a list of the services to be provided in hospitals that does not include sign language interpretation, the *Hospital Insurance Act* implicates s. 15(1) of the *Charter*. In my view, however, it is preferable to read the Act in conformity with s. 15(1). Though the statute

La situation est plus compliquée dans le cas de l'*Hospital Insurance Act*. Aux termes du par. 3(1) de cette loi [TRADUCTION] «les personnes admissibles et les bénéficiaires ont le droit de recevoir les services hospitaliers généraux fournis en application de la présente loi». Contrairement à la *Medical and Health Care Services Act*, l'*Hospital Insurance Act* définit avec une certaine précision les services qu'elle prévoit. Reflétant la définition de «services hospitaliers» de la *Loi canadienne sur la santé*, le par. 5(1) de l'*Hospital Insurance Act* décrit ainsi les «services hospitaliers généraux» qui doivent être fournis par les hôpitaux de soins de courte durée (des dispositions équivalentes énumèrent les services visés dans le cas des établissements de soins prolongés et de soins ambulatoires):

[TRADUCTION]

5. (1) Constituent des services hospitaliers généraux fournis en vertu de la présente loi:

- a) dans les cas des personnes admissibles devant être traitées pour maladie ou trauma aigus: l'hébergement en salle commune, l'usage des salles d'opération et des salles d'accouchement nécessaires, les actes de laboratoires et de radiologie à des fins de traitement ou de diagnostic, les anesthésiques, les ordonnances, les produits pharmaceutiques, les pansements, le matériel à plâtrer et les autres services réglementaires;

Ne sont pas compris parmi les services hospitaliers:

- d) le transport à destination et en provenance de l'hôpital;
- e) les services ou traitements dont les personnes admissibles n'ont pas besoin, selon ce que décide le ministre ou la personne qu'il désigne, après examen de la preuve médicale;
- f) les services ou traitements pour une maladie ou un état exclus par règlement pris par le lieutenant-gouverneur en conseil. [Je souligne.]

Il serait possible de prétendre qu'en raison du fait que l'*Hospital Insurance Act* comporte une liste de services que doivent fournir les hôpitaux, et sur laquelle ne figure pas l'interprétation gestuelle, cette loi fait entrer en jeu le par. 15(1) de la *Charte*. À mon avis, toutefois, il est préférable

entitles beneficiaries to a specific list of services, hospitals are left with substantial discretion as to how to provide them. This discretion operates in two ways. First, it is clear from the regulations enacted pursuant to s. 29(b) of the Act that no individual hospital is required to offer all of the services set out in s. 5(1). Those regulations state that the hospital services to be provided shall include “such of the following services as are recommended by the attending physician and as are available in or through the hospital to which the person is admitted” (emphasis added); *Hospital Insurance Act Regulations*, B.C. Reg. 25/61, as amended, ss. 5.1, 5.7 and 5.8. Generally speaking, the province does not fund specific procedures or services. Instead, it provides hospitals with a global, lump sum payment intended to reimburse them for those listed services that they do in fact provide. This is clear from s. 10(1) of the Act, which reads as follows:

10. (1) There shall be paid annually to every hospital from the hospital insurance fund a sum determined by the minister to reimburse the hospital, in whole or in part, for the cost of rendering to beneficiaries those general hospital services authorized by this Act the hospital is required by the minister to provide for beneficiaries admitted for treatment, excluding those sums payable to the hospital under section 5 (4) and section 14.

As stated by the court below, at p. 168, “[t]he extent of the services to be provided by each hospital is thus subject to the hospital’s own decision as to how to spend the global grant they receive for general hospital services. . . .”

Second, the Act gives individual hospitals considerable discretion as to the manner in which the services they decide to provide are delivered. Nothing in the legislation precludes them from supplying sign language interpreters. Hospitals have the authority, for example, to provide a sign language interpreter for a diagnostic X ray proce-

d’interpréter cette loi d’une manière conforme au par. 15(1). Bien que la Loi accorde aux bénéficiaires le droit à un certain nombre de services énumérés, les hôpitaux jouissent d’un pouvoir discrétionnaire considérable quant à la manière de fournir ces services. Ce pouvoir discrétionnaire s’exerce de deux façons. Premièrement, il ressort clairement du règlement pris en application de l’al. 29b) de la Loi qu’aucun hôpital n’est tenu d’offrir tous les services mentionnés au par. 5(1). Ce règlement indique que sont compris parmi les services hospitaliers à fournir [TRADUCTION] «ceux parmi les services suivants qui sont recommandés par le médecin traitant et qui sont offerts soit par l’hôpital où la personne est admise, soit par l’entremise de celui-ci» (je souligne); *Hospital Insurance Act Regulations*, B.C. Reg. 25/61, et ses modifications, art. 5.1, 5.7 et 5.8. D’une façon générale, la province ne finance pas des interventions ou services déterminés. Elle verse plutôt aux hôpitaux une somme globale destinée à les rembourser du coût des services énumérés qu’ils fournissent effectivement. Cela ressort clairement du par. 10(1) de la Loi, qui est rédigé ainsi:

[TRADUCTION]

10. (1) Il est versé annuellement à chaque hôpital, sur le fonds d’assurance-hospitalisation, la somme déterminée par le ministre pour rembourser à l’hôpital tout ou partie du coût de la fourniture aux bénéficiaires des services hospitaliers généraux autorisés par la présente loi que le ministre l’oblige à fournir aux bénéficiaires admis pour traitement, à l’exclusion des sommes payables à l’hôpital en vertu du paragraphe 5(4) et de l’article 14.

Comme l’a dit la juridiction inférieure, à la p. 168, [TRADUCTION] «[l]’étendue des services que fournit chaque hôpital dépend donc des décisions que prend celui-ci sur la façon dont sera dépensée la subvention globale reçue pour les services hospitaliers généraux . . .»

Deuxièmement, la Loi accorde à chaque hôpital un large pouvoir discrétionnaire quant aux modalités de la prestation des services qu’ils décident de fournir. La loi n’a pas pour effet d’empêcher les hôpitaux de fournir les services d’interprètes gestuels. Il ont le pouvoir, par exemple, de fournir les services d’un interprète gestuel à l’occasion de la

dure where one is required in order to ensure its efficacy. Like the *Medicare Protection Act*, moreover, the *Hospital Insurance Act* (in s. 5(1)(d)) and *Regulations* (in s. 5.22) specifically list services, such as transportation to or from hospital, *in vitro* fertilization and cosmetic procedures, that are not covered by the scheme. Sign language interpretation is not included in these lists.

prise de radiographies à des fins de diagnostic, lorsque la présence d'une telle personne est nécessaire à l'efficacité de l'acte. Qui plus est, tout comme le *Medicare Protection Act*, l'*Hospital Insurance Act* (à l'al. 5(1)d)) et son règlement d'application (à l'art. 5.22) contiennent chacun une liste de certains services — tels le transport à destination et en provenance de l'hôpital, la fertilisation *in vitro* et la chirurgie esthétique — qui ne sont pas couverts par le régime. L'interprétation gestuelle ne figure pas sur ces listes.

34

Consequently, the fact that the *Hospital Insurance Act* does not expressly mandate the provision of sign language interpretation does not render it constitutionally vulnerable. The Act does not, either expressly or by necessary implication, forbid hospitals from exercising their discretion in favour of providing sign language interpreters. Assuming the correctness of the appellants' s. 15(1) theory, the *Hospital Insurance Act* must thus be read so as to require that sign language interpretation be provided as part of the services offered by hospitals whenever necessary for effective communication. As in the case of the *Medical and Health Care Services Act*, the potential violation of s. 15(1) inheres in the discretion wielded by a subordinate authority, not the legislation itself.

Par conséquent, le fait que l'*Hospital Insurance Act* n'exige pas expressément que l'interprétation gestuelle soit fournie ne rend pas cette loi vulnérable sur le plan constitutionnel. La Loi n'interdit pas aux hôpitaux, ni expressément ni par implication nécessaire, d'exercer leur pouvoir discrétionnaire pour fournir des services d'interprètes gestuels. À supposer que la thèse avancée par les appelants à l'égard du par. 15(1) soit bien fondée, il faut donc considérer que l'*Hospital Insurance Act* a pour effet d'exiger que l'interprétation gestuelle soit fournie dans le cadre des services offerts par les hôpitaux chaque fois qu'elle est nécessaire à l'efficacité des communications. Tout comme dans le cas de la *Medical and Health Care Services Act*, la violation potentielle du par. 15(1) découle intrinsèquement du pouvoir discrétionnaire exercé par un organisme subordonné, et non de la loi elle-même.

The Application of the Charter to the Medical Services Commission and Hospitals

L'application de la Charte à la commission des services médicaux et aux hôpitaux

35

Having identified the sources of the alleged s. 15(1) violations, it remains to be considered whether the *Charter* actually applies to them. At first blush, this may seem to be a curious question. As I have discussed, it is a basic principle of constitutional theory that since legislatures may not enact laws that infringe the *Charter*, they cannot authorize or empower another person or entity to do so; *Slaight, supra*. It is possible, however, for a legislature to give authority to a body that is not subject to the *Charter*. Perhaps the clearest example of this is the power of incorporation. Private corporations are entirely creatures of statute; they have no power or authority that does not derive

Après avoir établi les sources des violations du par. 15(1) qui sont alléguées, il reste à décider si la *Charte* s'applique effectivement à leur égard. À première vue, cette question peut sembler curieuse. Comme nous l'avons vu plus tôt, selon un principe fondamental du droit constitutionnel, comme les législatures ne peuvent pas édicter de lois qui portent atteinte à la *Charte*, elles ne peuvent pas autoriser ou habilitier quelque personne ou entité à le faire; *Slaight*, précité. Il est cependant possible à une législature de conférer des pouvoirs à un organisme qui n'est pas assujéti à la *Charte*. L'exemple le plus patent d'une telle situation est peut-être le pouvoir de constituer des personnes

from the legislation that created them. The *Charter* does not apply to them, however, because legislatures have not entrusted them to implement specific governmental policies. Of course, governments may desire corporations to serve certain social and economic purposes, and may adjust the terms of their existence to accord with those goals. Once brought into being, however, they are completely autonomous from government; they are empowered to exercise only the same contractual and proprietary powers as are possessed by natural persons. As a result, while the legislation creating corporations is subject to the *Charter*, corporations themselves are not part of “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*.

Legislatures have created many other statutory entities, however, that are not as clearly autonomous from government. There are myriad public or quasi-public institutions that may be independent from government in some respects, but in other respects may exercise delegated governmental powers or be otherwise responsible for the implementation of government policy. When it is alleged that an action of one of these bodies, and not the legislation that regulates them, violates the *Charter*, it must be established that the entity, in performing that particular action, is part of “government” within the meaning of s. 32 of the *Charter*.

Perhaps the fullest discussion of the meaning of “government” in s. 32 is found in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and its companion cases, *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, and *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. There, this Court was asked to decide whether the mandatory retirement policies adopted by certain institutions (universi-

morales. Les personnes morales de droit privé sont entièrement des créatures de la loi; elles n’ont pas d’autres pouvoirs que ceux découlant de leur loi constitutive. Toutefois, la *Charte* ne s’applique pas à elles, parce que les législatures ne leur confient pas la mission de mettre en œuvre des politiques gouvernementales déterminées. Évidemment, il est possible que les gouvernements désirent que les personnes morales contribuent à la réalisation de certains objectifs socio-économiques, et qu’ils adaptent les conditions d’existence de celles-ci en fonction de ces objectifs. Mais une fois constituées, les personnes morales sont tout à fait indépendantes de l’État; elle ne sont habilitées à exercer, en matière de contrat et de droit de propriété, que les mêmes pouvoirs que les personnes physiques. En conséquence, même si les textes de loi créant les personnes morales sont assujettis à la *Charte*, les personnes morales elles-mêmes ne font pas partie du «gouvernement» pour l’application de l’art. 32 de la *Charte*.

Cependant, les législatures ont créé bien d’autres entités d’origine législative qui ne sont pas aussi nettement indépendantes de l’État. En effet, il existe une myriade d’institutions publiques et semi-publiques qui, à certains égards, peuvent être indépendantes du gouvernement, mais, à d’autres égards, exercent des pouvoirs qui leur sont délégués par le gouvernement ou encore sont responsables de la mise en œuvre de politiques gouvernementales. Quand il est allégué qu’un acte d’un de ces organismes, et non la loi qui le régit, viole la *Charte*, il doit alors être démontré que, dans l’accomplissement de cet acte, l’entité en question fait partie du «gouvernement» au sens de l’art. 32 de la *Charte*.

L’examen le plus fouillé du sens du mot «gouvernement» à l’art. 32 se trouve peut-être dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, ainsi que dans les pourvois connexes *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Dans ces affaires, la Cour était appelée à statuer si les politiques de

ties, colleges and hospitals) were subject to *Charter* review. In confirming and elaborating upon the view taken by McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, *supra* (viz., that the *Charter* applies only to Parliament, the provincial legislatures and entities that constitute part of the executive or administrative branches of government, and not to private activity), a majority of the Court in *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* found that the *Charter* did not apply on the facts, since the institutions whose policies were impugned were not themselves part of the apparatus of government in the sense required by s. 32(1), nor were they putting into place a government program or acting in a governmental capacity in adopting those policies.

mise à la retraite obligatoire adoptées par certains établissements (universités, collèges et hôpitaux) étaient sujettes à révision en vertu de la *Charte*. Confirmant et explicitant l'opinion exprimée par le juge McIntyre dans *Dolphin Delivery*, précité, (à savoir que la *Charte* ne s'applique qu'au Parlement, aux législatures ainsi qu'aux entités faisant partie des organes exécutif et administratif du gouvernement, et non aux activités privées), notre Cour a conclu à la majorité, dans *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman*, que la *Charte* ne s'appliquait pas, eu égard aux faits, étant donné que les établissements dont les politiques étaient attaquées ne faisaient pas eux-mêmes partie de l'appareil de gouvernement au sens requis par le par. 32(1), qu'ils ne mettaient en œuvre un programme du gouvernement et qu'ils n'agissaient pas en qualité d'organisme gouvernemental lorsqu'ils adoptaient ces politiques.

38

In *Douglas*, however, the same majority found that the *Charter* did apply to the mandatory retirement policy at issue, on the ground that Douglas College was, in light of its constituent Act, simply an emanation of government. I described the differences between *McKinney* and *Harrison*, on the one hand, and *Douglas*, on the other, at pp. 584-85 of the latter case:

As its constituent Act makes clear, the college is a Crown agency established by the government to implement government policy. Though the government may choose to permit the college board to exercise a measure of discretion, the simple fact is that the board is not only appointed and removable at pleasure by the government; the government may at all times by law direct its operation. Briefly stated, it is simply part of the apparatus of government both in form and in fact. In carrying out its functions, therefore, the college is performing acts of government, and I see no reason why this should not include its actions in dealing with persons it employs in performing these functions. Its status is wholly different from the universities in the companion cases of *McKinney* . . . and *Harrison* . . . which, though extensively regulated and funded by government, are essentially autonomous bodies. Accordingly, the actions of the college in the negotiation and administration of the collective agreement between the college and the association are those of the government for the purposes of s. 32 of the

Dans l'arrêt *Douglas*, toutefois, la même majorité a conclu que la *Charte* s'appliquait effectivement à la politique de mise à la retraite obligatoire en cause, pour le motif que le Douglas College était, à la lumière de sa loi constitutive, une simple émanation du gouvernement. Dans *Douglas*, j'ai fait état des différences entre cet arrêt et les affaires *McKinney* et *Harrison*, aux pp. 584 et 585:

Comme sa loi constitutive l'indique clairement, le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en œuvre une politique gouvernementale. Bien que le gouvernement puisse permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les membres du conseil sont nommés à titre amovible par le gouvernement et que celui-ci peut en tout temps régler le fonctionnement du collège par loi. En résumé, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental tant dans la forme que dans les faits. Par conséquent, dans l'exécution de ses fonctions, le collège exécute des actes gouvernementaux, et je ne vois aucune raison de ne pas inclure dans cela les mesures prises envers les personnes qu'il embauche pour exécuter ces fonctions. Son statut est tout à fait différent de celui des universités dans les pourvois connexes *McKinney* [. . .] et *Harrison* [. . .] qui, bien qu'elles soient considérablement réglementées et subventionnées par le gouvernement, sont essentiellement des organismes autonomes. Par conséquent, les actions du collège dans la négociation et l'application de la convention collective entre le collège et

Charter. The *Charter*, therefore, applies to these activities.

This Court's approach to *Charter* application was further elucidated in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211. There, the principal issue was whether a provision of a collective agreement compelling the appellant to pay union dues despite his non-membership in the respondent union violated the *Charter* guarantees of freedom of expression and association, in so far as the dues were being used to pay for specific political purposes chosen by the union. In addressing whether that provision was subject to the *Charter*, I found for the majority that the appellant's employer, the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology, was, in virtue of the terms of its empowering Act, an emanation of the provincial government. On this basis, I held that the *Charter* applied to the provision in question. Comparing the case to *Douglas*, I remarked as follows, at pp. 311-12:

[*Douglas*], like the present appeal, involved a collective agreement between the college and the Association (a union under the applicable legislation). There the Minister of Education by statute exercised a degree of control over the college that closely matched that exercised by the Ministry over the Council in the present case. It is true that in *Douglas* the college's constituent Act expressly described it as an agent of the Crown, whereas here the Act simply gives the Minister power to conduct and govern the colleges and in this endeavour the Minister is to be "assisted" by the Council. But the reality is the same. The government, through the Minister, has the same power of "routine or regular control", to use the expression of the majority of this Court, in *Harrison* . . . and *Stoffman* . . ., companion cases to *Douglas*.

In *Douglas* and *Lavigne*, the argument was made that even if the entities in question were generally part of "government" for the purposes of s. 32, the *Charter* should not apply to the "private" or "commercial" arrangements they engage in. In

l'association sont celles du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Par conséquent, la *Charte* s'applique à ces activités.

L'approche de notre Cour relativement à l'application de la *Charte* a été explicitée davantage dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211. Dans cette affaire, la principale question en litige était de savoir si la disposition de la convention collective qui obligeait l'appelant à verser des cotisations syndicales même s'il n'était pas membre du syndicat intimé violait la liberté d'expression et la liberté d'association garanties par la *Charte*, dans la mesure où les cotisations étaient utilisées pour financer certaines causes politiques choisies par le syndicat. Relativement à la question de savoir si cette disposition était assujettie à la *Charte*, j'ai conclu au nom de la majorité que l'employeur de l'appelant, le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario, était, en raison des dispositions de sa loi constitutive, une émanation du gouvernement provincial. Sur ce fondement, j'ai statué que la *Charte* s'appliquait à la disposition en cause. Comparant l'affaire *Lavigne* et l'affaire *Douglas*, j'ai fait les remarques suivantes, aux pp. 311 et 312:

Il s'agissait dans cette affaire [*Douglas*], comme en l'espèce, d'une convention collective conclue entre le collègue et l'association (un syndicat en vertu de la loi applicable). En vertu de la Loi, le ministre de l'Éducation exerçait sur le collègue un certain degré de contrôle s'apparentant étroitement à celui qu'exerce le Ministre sur le Conseil dans le présent pourvoi. Il est vrai que, dans l'arrêt *Douglas*, la loi constitutive du collègue le désignait expressément comme un mandataire de la Couronne, tandis que la Loi en l'espèce confère simplement au Ministre le pouvoir de régir les collèges et de bénéficier, à cette fin, de «l'aide» du Conseil. Mais la réalité est la même. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, y possède un pouvoir similaire de «contrôle routinier ou régulier», pour reprendre l'expression utilisée par notre Cour à la majorité dans les pourvois connexes à l'arrêt *Douglas*, *Harrison* [. . .] et *Stoffman* . . .

Dans *Douglas* et *Lavigne*, on avançait l'argument que, même si les entités en cause faisaient généralement partie du «gouvernement» pour l'application de l'art. 32, la *Charte* ne devait pas s'appliquer aux accords «privés» ou «commerciaux»

each case, the Court rejected this contention, holding that when an entity is determined to be part of the fabric of government, the *Charter* will apply to all its activities, including those that might in other circumstances be thought of as “private”. The rationale for this principle is obvious: governments should not be permitted to evade their *Charter* responsibilities by implementing policy through the vehicle of private arrangements. I put the matter thus in *Lavigne*, at p. 314:

It was also argued that the *Charter* does not apply to government when it engages in activities that are . . . “private, commercial, contractual or non-public (in) nature”. In my view, this argument must be rejected. In today’s world it is unrealistic to think of the relationship between those who govern and those who are governed solely in terms of the traditional law maker and law subject model. We no longer expect government to be simply a law maker in the traditional sense; we expect government to stimulate and preserve the community’s economic and social welfare. In such circumstances, government activities which are in form “commercial” or “private” transactions are in reality expressions of government policy, be it the support of a particular region or industry, or the enhancement of Canada’s overall international competitiveness. In this context, one has to ask: why should our concern that government conform to the principles set out in the *Charter* not extend to these aspects of its contemporary mandate? To say that the *Charter* is only concerned with government as law maker is to interpret our Constitution in light of an understanding of government that was long outdated even before the *Charter* was enacted.

See also *Douglas*, at p. 585.

41

While it is well established that the *Charter* applies to all the activities of government, whether or not those activities may be otherwise characterized as “private”, this Court has also recognized that the *Charter* may apply to non-governmental entities in certain circumstances; see generally Robin Elliot, “Scope of the Charter’s Application” (1993), 15 *Advocates’ Q.* 204, at pp. 208-9. It has been suggested, for example, that the *Charter* will

qu’elles concluaient. Dans chaque cas, la Cour a rejeté cet argument, statuant que, dans les cas où il est jugé qu’une entité fait partie de la structure gouvernementale, la *Charte* s’applique à toutes ses activités, y compris celles qui pourraient, en d’autres circonstances, être considérées comme «privées». La justification de ce principe est évidente: il ne faut pas permettre aux gouvernements d’échapper aux obligations que leur impose la *Charte* en mettant leurs politiques en œuvre par le truchement d’accords privés. Voici comment j’ai exprimé ce point dans l’arrêt *Lavigne*, à la p. 314:

On a également soutenu que la *Charte* ne s’applique pas au gouvernement lorsqu’il exerce des activités qui sont [. . .] «privées, commerciales, contractuelles ou non publiques par nature». À mon avis, cet argument doit être rejeté. Dans le monde d’aujourd’hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujéti à la loi. Nous ne voulons plus d’un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu’il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations «commerciales» ou «privées» sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu’il s’agisse de l’appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l’amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la *Charte* ne s’étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la *Charte* ne vise que le gouvernement en tant que législateur revient à interpréter notre Constitution à la lumière d’une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l’adoption de la *Charte*.

Voir aussi l’arrêt *Douglas*, à la p. 585.

Même s’il est bien établi que la *Charte* s’applique à toutes les activités du gouvernement, qu’elles puissent ou non être par ailleurs qualifiées de «privées», notre Cour a aussi reconnu que la *Charte* peut s’appliquer à des entités non gouvernementales dans certaines circonstances: voir, de façon générale, Robin Elliot, «Scope of the Charter’s Application» (1993), 15 *Advocates’ Q.* 204, aux pp. 208 et 209. Il a été affirmé, par exemple,

apply to a private entity when engaged in activities that can in some way be attributed to government. This possibility was contemplated in *McKinney*, where I stated the following, at pp. 273-74:

Though the legislature may determine much of the environment in which universities operate, the reality is that they function as autonomous bodies within that environment. There may be situations in respect of specific activities where it can fairly be said that the decision is that of the government, or that the government sufficiently partakes in the decision as to make it an act of government, but there is nothing here to indicate any participation in the decision by the government and . . . there is no statutory requirement imposing mandatory retirement on the universities. [Emphasis added.]

I commented further on as follows, at p. 275:

I, therefore, conclude that the respondent universities do not form part of the government apparatus, so their actions, as such, do not fall within the ambit of the *Charter*. Nor in establishing mandatory retirement for faculty and staff were they implementing a governmental policy. [Emphasis added.]

The idea that certain activities of non-governmental entities may be viewed as the responsibility of government was further elucidated in my reasons in *Lavigne* where, after discussing *McKinney*, *Harrison*, *Douglas* and *Stoffman*, I stated as follows, at p. 312:

The majority in the above cases relied solely on the element of control in determining what fell within the apparatus of government, although it made clear that government may, in some circumstances, be subject to *Charter* scrutiny in respect of activities in the private sector where the government could be said to have some responsibility for that activity. [Emphasis added.]

It seems clear, then, that a private entity may be subject to the *Charter* in respect of certain inherently governmental actions. The factors that might serve to ground a finding that an activity engaged in by a private entity is "governmental" in nature do not readily admit of any *a priori* elucidation.

que la *Charte* s'applique à une entité privée lorsque celle-ci exerce des activités qui peuvent, d'une manière ou d'une autre, être attribuées au gouvernement. Cette possibilité a été envisagée dans *McKinney*, où j'ai déclaré ce qui suit, à la p. 274:

Bien que la législature puisse délimiter en grande partie le milieu dans lequel les universités fonctionnent, la réalité est qu'elles fonctionnent comme des organismes autonomes dans ce milieu. Il peut y avoir des situations relatives à des activités spécifiques où l'on peut dire à juste titre que la décision est celle du gouvernement ou que la participation gouvernementale à la décision est suffisante pour en faire un acte du gouvernement, mais rien n'indique en l'espèce que le gouvernement a participé à la décision et [. . .] la loi n'impose pas la retraite obligatoire aux universités. [Je souligne.]

J'ai ajouté ceci, à la p. 275:

Je conclus donc que les universités intimées ne font pas partie de l'appareil gouvernemental de sorte que leurs actions, en tant que telles, ne relèvent pas de la *Charte*. Elles ne mettaient pas non plus en œuvre une politique gouvernementale en prévoyant la retraite obligatoire de son personnel enseignant et de ses employés. [Je souligne.]

L'idée que certaines activités exercées par des entités non gouvernementales puissent être considérées comme relevant de la responsabilité du gouvernement a été précisée davantage dans mes motifs dans *Lavigne* où, après avoir examiné les arrêts *McKinney*, *Harrison*, *Douglas* et *Stoffman*, j'ai dit ce qui suit, à la p. 312:

La majorité dans les arrêts précités s'est fondée uniquement sur l'élément de contrôle pour déterminer ce qui relevait de l'appareil gouvernemental, bien qu'elle ait affirmé clairement que le gouvernement peut, dans certaines circonstances, être soumis à un examen fondé sur la *Charte* relativement à des activités du secteur privé à l'égard desquelles une certaine responsabilité pourrait lui être attribuée. [Je souligne.]

Il semble donc évident qu'un organisme privé peut être assujéti à la *Charte* à l'égard de certains actes de nature intrinsèquement gouvernementale. Les facteurs susceptibles de fonder la conclusion qu'une activité exercée par une entité privée est de nature «gouvernementale» ne sont pas faciles à

McKinney makes it clear, however, that the *Charter* applies to private entities in so far as they act in furtherance of a specific governmental program or policy. In these circumstances, while it is a private actor that actually implements the program, it is government that retains responsibility for it. The rationale for this principle is readily apparent. Just as governments are not permitted to escape *Charter* scrutiny by entering into commercial contracts or other "private" arrangements, they should not be allowed to evade their constitutional responsibilities by delegating the implementation of their policies and programs to private entities. In *McKinney*, I pointed to *Slaight, supra*, as an example of a situation where action taken in furtherance of a government policy was held to fall within the ambit of the *Charter*. I noted, at p. 265, that the arbitrator in that case was "part of the governmental administrative machinery for effecting the specific purpose of the statute". "It would be strange", I wrote, "if the legislature and the government could evade their *Charter* responsibility by appointing a person to carry out the purposes of the statute"; see *idem*. Although the arbitrator in *Slaight* was entirely a creature of statute and performed functions that were exclusively governmental, the same rationale applies to any entity charged with performing a governmental activity, even if that entity operates in other respects as a private actor; see A. Anne McLellan and Bruce P. Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, at p. 371.

reconnaître a priori. Toutefois, il ressort clairement de l'arrêt *McKinney* que la *Charte* s'applique aux entités privées, dans la mesure où celles-ci agissent en vue de l'exécution d'une politique ou d'un programme déterminé du gouvernement. Dans de telles circonstances, même si c'est un acteur privé qui exécute effectivement le programme, le gouvernement en conserve néanmoins la responsabilité. La justification de ce principe est facile à discerner. Tout comme il est interdit aux gouvernements de se soustraire à l'examen fondé sur la *Charte* en concluant des contrats commerciaux ou d'autres accords «privés», ils ne devraient pas être autorisés à échapper à leurs obligations constitutionnelles en déléguant la mise en œuvre de leurs politiques et programmes à des entités privées. Dans *McKinney*, j'ai souligné que l'arrêt *Slaight*, précité, était un exemple de situation où la Cour a décidé qu'une action accomplie dans le cadre de l'exécution d'une politique gouvernementale relevait du champ d'application de la *Charte*. J'ai fait observer, à la p. 265, que l'arbitre dans cette affaire «faisait [. . .] partie des rouages administratifs gouvernementaux qui permettent de réaliser l'objet précis de la loi». «Il serait étrange», ai-je ajouté, «que la législature et le gouvernement puissent se soustraire à la responsabilité qui leur incombe en vertu de la *Charte* en désignant une personne chargée de réaliser les objets de la Loi»; voir *idem*. Bien que, dans *Slaight*, l'arbitre ait été entièrement une créature de la loi et qu'il ait rempli des fonctions qui étaient exclusivement gouvernementales, le même raisonnement s'applique à toute entité chargée d'exercer une activité gouvernementale, même si cette entité exerce par ailleurs une activité privée; voir A. Anne McLellan et Bruce P. Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, à la p. 371.

43

Two important points must be made with respect to this principle. First, the mere fact that an entity performs what may loosely be termed a "public function", or the fact that a particular activity may be described as "public" in nature, will not be sufficient to bring it within the purview of "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. Thus, with specific reference to the distinction

Deux remarques importantes s'imposent au sujet de ce principe. Premièrement, le seul fait qu'une entité exerce ce qu'on peut librement appeler une «fonction publique» ou le fait qu'une activité particulière puisse être dite de nature «publique» n'est pas suffisant pour que cette entité soit assimilée au «gouvernement» pour l'application de l'art. 32 de la *Charte*. Ainsi, me référant précisément à la dis-

between the applicability of the *Charter*, on the one hand, and the susceptibility of public bodies to judicial review, on the other, I stated as follows, at p. 268 of *McKinney*:

It was not disputed that the universities are statutory bodies performing a public service. As such, they may be subjected to the judicial review of certain decisions, but this does not in itself make them part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. . . . In a word, the basis of the exercise of supervisory jurisdiction by the courts is not that the universities are government, but that they are public decision-makers. [Emphasis added.]

In order for the *Charter* to apply to a private entity, it must be found to be implementing a specific governmental policy or program. As I stated further on in *McKinney*, at p. 269, “[a] public purpose test is simply inadequate” and “is simply not the test mandated by s. 32”.

The second important point concerns the precise manner in which the *Charter* may be held to apply to a private entity. As the case law discussed above makes clear, the *Charter* may be found to apply to an entity on one of two bases. First, it may be determined that the entity is itself “government” for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as “government” within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a non-governmental actor, correctly be described as “private”. Second, an entity may be found to attract *Charter* scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, in other words, one must scrutinize the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor. If the act is truly “governmental” in nature — for example, the implementation of a specific

inction entre l’applicabilité de la *Charte*, d’une part, et l’assujettissement des organismes publics au contrôle judiciaire, d’autre part, j’ai dit ce qui suit, dans *McKinney*, à la p. 268:

On n’a pas contesté que les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public. Comme telles, certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire, mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l’art. 32 de la *Charte*. [. . .] Bref, ce qui justifie l’exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics. [Je souligne.]

Pour que la *Charte* s’applique à une entité privée, il doit être établi que celle-ci met en œuvre une politique ou un programme gouvernemental déterminé. Comme j’ai ajouté, dans *McKinney*, à la p. 269, «[l]e critère de l’objet public est simplement inadéquat» et «[c]e n’est tout simplement pas le critère qu’impose l’art. 32».

Deuxièmement, l’autre remarque importante concerne la manière précise dont le tribunal peut décider que la *Charte* s’applique à une entité privée. Ainsi qu’il ressort clairement de la jurisprudence examinée précédemment, il peut être jugé que la *Charte* s’applique à une entité pour l’une ou l’autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l’entité elle-même fait partie du «gouvernement» au sens de l’art. 32. Une telle conclusion requiert l’examen de la question de savoir si l’entité dont les actes ont suscité l’allégation d’atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du «gouvernement» au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l’entité sont assujetties à la *Charte*, indépendamment du fait que l’activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de «privée» si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d’une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d’examiner non pas la nature de l’entité dont l’activité est contestée, mais plutôt la nature de l’activité elle-même.

statutory scheme or a government program — the entity performing it will be subject to review under the *Charter* only in respect of that act, and not its other, private activities.

Autrement dit, il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur. Si l'acte est vraiment de nature «gouvernementale» — par exemple, la mise en œuvre d'un régime légal ou d'un programme gouvernemental donné — l'entité qui en est chargée est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées.

45 In the present case, the controversy over the *Charter's* application centres on the question of hospitals. The respondents argue that if the failure to provide sign language interpreters does not flow from the Act but rather from the discretion of individual hospitals, then s. 15(1) is not engaged because the *Charter* does not apply to hospitals. Hospitals, they say, are not “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In their view, this result flows from a straightforward application of this Court's decision in *Stoffman*, *supra*.

Dans le présent pourvoi, la controverse relative à l'application de la *Charte* porte sur la question des hôpitaux. Les intimés soutiennent que, si le fait de ne pas fournir des services d'interprètes gestuels ne résulte pas de la Loi mais bien du pouvoir discrétionnaire de chaque hôpital, le par. 15(1) n'entre alors pas en jeu parce que la *Charte* ne s'applique pas aux hôpitaux. Selon eux, les hôpitaux ne sont pas assimilables au «gouvernement» pour l'application de l'art. 32 de la *Charte*. À leur avis, ce résultat découle de la simple application de l'arrêt de notre Cour *Stoffman*, précité.

46 The foregoing analysis, however, establishes that it is not enough for the respondents to say that hospitals are not “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In *Stoffman*, the Court found that the Vancouver General Hospital was not part of the apparatus of government and that its adoption of a mandatory retirement policy did not implement a government policy. *Stoffman* made it clear that, as presently constituted, hospitals in British Columbia are non-governmental entities whose private activities are not subject to the *Charter*. It remains to be seen, however, whether hospitals effectively implement governmental policy in providing medical services under the *Hospital Insurance Act*.

L'analyse qui précède établit toutefois qu'il ne suffit pas aux intimés d'affirmer que les hôpitaux ne sont pas assimilables au «gouvernement» pour l'application de l'art. 32 de la *Charte*. Dans *Stoffman*, la Cour a conclu que le Vancouver General Hospital ne faisait pas partie de l'appareil gouvernemental et que, en adoptant une politique de mise à la retraite obligatoire, l'hôpital ne mettait pas en œuvre une politique du gouvernement. L'arrêt *Stoffman* a clairement indiqué que, tels qu'ils sont constitués actuellement, les hôpitaux en Colombie-Britannique sont des entités non gouvernementales dont les activités privées ne sont pas assujetties à la *Charte*. Il reste à voir cependant si les hôpitaux mettent effectivement en œuvre une politique gouvernementale en fournissant des services médicaux en vertu de l'*Hospital Insurance Act*.

47 There is language in *Stoffman* that could be read as precluding the application of the *Charter* in the circumstances of the present case. There, I wrote, at p. 516, that “there can be no question of the Vancouver General's being held subject to the *Charter* on the ground that it performs a governmental function, for . . . the provision of a public

Certains passages de *Stoffman* pourraient être interprétés comme ayant pour effet de faire obstacle à l'application de la *Charte* dans les circonstances de la présente espèce. À la p. 516, j'ai écrit «qu'il ne peut être question que le Vancouver General soit assujetti à la *Charte* parce qu'il exerce une fonction gouvernementale, car [. . .] la presta-

service, even if it is one as important as health care, is not the kind of function which qualifies as a governmental function under s. 32". That statement, however, must be read in the context of the entire judgment. I determined only that the fact that an entity performs a "public function" in the broad sense does not render it "government" for the purposes of s. 32 and specifically left open the possibility that the *Charter* could be applied to hospitals in different circumstances. Indeed, later in the same paragraph I qualified my position in the following manner:

I would also add that this is not a case for the application of the *Charter* to a specific act of an entity which is not generally bound by the *Charter*. The only specific connection between the actions of the Vancouver General in adopting and applying Regulation 5.04 and the actions of the Government of British Columbia was the requirement that Regulation 5.04 receive ministerial approval. In light of what I have said above in regard to this requirement, a "more direct and a more precisely-defined connection", to borrow McIntyre J.'s phrase used in *Dolphin Delivery*, would have to be shown before I would conclude that the *Charter* applied on this ground.

As this passage alludes to, the hospital's mandatory retirement policy, which was embodied in Medical Staff Regulation 5.04, was a matter of internal hospital management. Notwithstanding the requirement of ministerial approval, the Regulation was developed, written and adopted by hospital officials. It was not instigated by the government and did not reflect its mandatory retirement policy. Hospitals in British Columbia, moreover, exhibited great variety in their approaches to retirement. That each of these policies obtained ministerial approval reflected the large measure of managerial autonomy accorded to hospitals in this area.

The situation in the present appeal is very different. The purpose of the *Hospital Insurance Act* is to provide particular services to the public.

tion d'un service public, même s'il s'agit d'un service aussi important que les soins de santé, ne relève pas du genre de fonction que l'on peut qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'art. 32». Il faut toutefois noter que cette affirmation doit être considérée dans le contexte de l'ensemble du jugement. J'ai seulement statué que le fait qu'une entité s'acquitte d'une «fonction publique» au sens large du terme ne permet pas de l'assimiler au «gouvernement» pour l'application de l'art. 32, et j'ai clairement maintenu la possibilité que la *Charte* puisse être appliquée aux hôpitaux dans d'autres circonstances. De fait, j'ai nuancé mes propos de la manière suivante, plus loin dans le même paragraphe:

J'ajouterais également qu'il ne s'agit pas d'une affaire où la *Charte* s'applique à une action précise d'un organisme qui n'est pas généralement lié par la *Charte*. Le seul lien précis entre les actions du Vancouver General relativement à l'adoption et à l'application du règlement 5.04 et les actions du gouvernement de la Colombie-Britannique était l'exigence selon laquelle le règlement 5.04 devait recevoir l'approbation du ministre. Compte tenu de ce que j'ai déjà dit au sujet de cette obligation, «un lien plus direct et mieux défini», pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, devrait être démontré pour m'inciter à conclure que la *Charte* s'applique à cet égard.

Comme il ressort de cet extrait, la politique de mise à la retraite obligatoire de l'hôpital, qui était prévue par le Medical Staff Regulation 5.04, était une question de régie interne. Malgré l'obligation d'obtenir l'approbation du ministre, le règlement avait été conçu, rédigé et adopté par les administrateurs de l'hôpital. Il n'a pas été pris à la demande du gouvernement et ne reflétait pas la politique de ce dernier en matière de mise à la retraite obligatoire. De plus, la politique de mise à la retraite variait considérablement d'un hôpital à l'autre en Colombie-Britannique. Le fait que chacune de ces politiques avait été approuvée par le ministre témoignait de l'autonomie administrative considérable dont disposaient les hôpitaux à ce chapitre.

La situation est très différente dans le présent pourvoi. L'*Hospital Insurance Act* a pour but de pourvoir à la fourniture de certains services à la

Although the benefits of that service are delivered and administered through private institutions — hospitals — it is the government, and not hospitals, that is responsible for defining both the content of the service to be delivered and the persons entitled to receive it. As previously noted, s. 3(1) states that every person eligible to receive benefits is “entitled to receive the general hospital services provided under this Act”. Section 5(1) defines “general hospital services” to include various services normally available in hospitals. As the definition of “hospital” in s. 1 makes clear, moreover, hospitals are required to furnish the general hospital services specified in the Act. While no single hospital makes all of these services available, the net effect of the Act is to entitle every qualified person to receive, and to require hospitals to supply, a complete range of medically required hospital services. Indeed, if the legislation did not assure this, it would run afoul of the *Canada Health Act*. It is also apparent that while hospitals are funded on a “lump sum” and not a “fee-for-service” basis, they are not entirely free to spend this money as they choose. This is apparent from s. 10(1) of the Act, which mandates the annual payment of a sum “determined by the minister to reimburse the hospital . . . for the cost of rendering to beneficiaries those general hospital services authorized by this Act the hospital is required by the minister to provide for beneficiaries”, as well as from s. 15(3)(c), which authorizes the minister to make “payments to hospitals for the service provided for under this Act” and s. 13(1), which provides that payments to a hospital “for services rendered by it . . . shall be deemed to be payment in full for the services. . . .”

population. Quoique la prestation et l’administration des avantages découlant de ces services se fassent par l’entremise d’établissements privés — les hôpitaux — c’est au gouvernement et non aux hôpitaux qu’il incombe de définir la teneur des services à fournir et de décider qui a droit de les recevoir. Comme je l’ai indiqué précédemment, aux termes du par. 3(1) toutes les personnes admissibles aux avantages [TRADUCTION] «ont le droit de recevoir les services hospitaliers généraux fournis en application de la présente loi». Au paragraphe 5(1), l’expression «services hospitaliers généraux» est définie comme visant les divers services normalement offerts dans les hôpitaux. Qui plus est, comme l’indique clairement la définition du mot «hôpital» à l’article premier, les hôpitaux sont tenus de fournir les services hospitaliers généraux spécifiés dans la Loi. Même si aucun hôpital n’offre tous ces services, l’effet net de la Loi est d’accorder à toute personne admissible le droit de recevoir un éventail complet de services hospitaliers médicalement nécessaires, et d’obliger les hôpitaux à les fournir. En effet, si la Loi ne le garantissait pas, elle contreviendrait à la *Loi canadienne sur la santé*. Il est également manifeste que, bien que les hôpitaux soient financés par le versement d’une «somme forfaitaire» plutôt que selon un régime de «rémunération à l’acte», ils ne sont pas entièrement libres d’affecter ces fonds à leur gré. Cela ressort clairement du par. 10(1) de la Loi, qui exige le versement annuel d’une somme [TRADUCTION] «déterminée par le ministre pour rembourser à l’hôpital [. . .] [le] coût de la fourniture aux bénéficiaires des services hospitaliers généraux autorisés par la présente loi que le ministre l’oblige à fournir aux bénéficiaires», ainsi que de l’al. 15(3)c), qui autorise le ministre à faire des [TRADUCTION] «paiements aux hôpitaux pour les services fournis en application de la présente loi» et du par. 13(1) qui dispose que les paiements faits à un hôpital [TRADUCTION] «pour les services fournis par celui-ci [. . .] sont censés constituer le paiement intégral des services . . .»

The structure of the *Hospital Insurance Act* reveals, therefore, that in providing medically necessary services, hospitals carry out a specific governmental objective. The Act is not, as the respon-

Il appert donc de l’économie de l’*Hospital Insurance Act* qu’en fournissant les services médicalement nécessaires les hôpitaux remplissent un objectif gouvernemental déterminé. La Loi n’est

dents contend, simply a mechanism to prevent hospitals from charging for their services. Rather, it provides for the delivery of a comprehensive social program. Hospitals are merely the vehicles the legislature has chosen to deliver this program. It is true that hospitals existed long before the statute, and have historically provided a full range of medical services. In recent decades, however, health care, including that generally provided by hospitals, has become a keystone tenet of governmental policy. The interlocking federal-provincial medicare system I have described entitles all Canadians to essential medical services without charge. Although this system has retained some of the trappings of the private insurance model from which it derived, it has come to resemble more closely a government service than an insurance scheme; see Canadian Bar Association Task Force on Health Care, *supra*, at p. 9.

Unlike *Stoffman*, then, in the present case there is a “direct and . . . precisely-defined connection” between a specific government policy and the hospital’s impugned conduct. The alleged discrimination — the failure to provide sign language interpretation — is intimately connected to the medical service delivery system instituted by the legislation. The provision of these services is not simply a matter of internal hospital management; it is an expression of government policy. Thus, while hospitals may be autonomous in their day-to-day operations, they act as agents for the government in providing the specific medical services set out in the Act. The Legislature, upon defining its objective as guaranteeing access to a range of medical services, cannot evade its obligations under s. 15(1) of the *Charter* to provide those services without discrimination by appointing hospitals to carry out that objective. In so far as they do so, hospitals must conform with the *Charter*.

pas, contrairement à ce qu’affirment les intimés, un simple mécanisme destiné à empêcher les hôpitaux de facturer leurs services aux patients. Au contraire, elle pourvoit plutôt à la prestation d’un programme social complet. Les hôpitaux sont simplement le mécanisme choisi par la législature pour l’exécution de ce programme. Il est vrai que les hôpitaux existaient longtemps avant la Loi, et que, depuis toujours, ils fournissent un éventail complet de services médicaux. Toutefois, au cours des dernières décennies, les soins de santé, y compris ceux généralement fournis par les hôpitaux, sont devenus la clef de voûte de la politique gouvernementale. Le système fédéral-provincial intégré d’assurance soins médicaux que j’ai décrit donne à tous les Canadiens le droit de recevoir gratuitement les services essentiels de cette nature. Quoique ce système ait retenu certains des attributs des régimes d’assurance privés dont il est inspiré, il a fini par ressembler davantage à un service gouvernemental qu’à un régime d’assurance; voir Groupe de travail sur les soins de santé de l’Association du Barreau canadien, *op. cit.*, à la p. 10.

Contrairement à l’affaire *Stoffman*, donc, il y a dans la présente instance un «lien [. . .] direct et [. . .] défini» entre une politique gouvernementale donnée et la conduite contestée de l’hôpital. La discrimination alléguée — le fait de ne pas fournir d’interprétation gestuelle — est intimement liée au régime de prestation de services médicaux établi par la loi. La fourniture de ces services n’est pas simplement une question de régie interne de l’hôpital, elle est l’expression d’une politique du gouvernement. Par conséquent, bien que les hôpitaux soient autonomes dans leur fonctionnement quotidien, ils sont les mandataires du gouvernement pour la fourniture des services médicaux spécifiés dans la Loi. La législature, lorsqu’elle définit son objectif comme étant celui de garantir l’accès à un éventail de services médicaux, ne peut pas se soustraire à l’obligation que lui fait le par. 15(1) de la *Charte* de fournir ces services sans discrimination en confiant aux hôpitaux la charge de réaliser cet objectif. Dans l’exécution de cette responsabilité, les hôpitaux doivent se conformer à la *Charte*.

52

The case of the Medical Services Commission is more straightforward. It was not contested that the *Charter* applies to the Commission in exercising its power to determine whether a service is a benefit pursuant to s. 4(1) of the *Medical and Health Care Services Act*. It is plain that in so doing, the Commission implements a government policy, namely, to ensure that all residents receive medically required services without charge. In lieu of setting out a comprehensive list of insured services in legislation, the government has delegated to the Commission the power to determine what constitutes a "medically required" service. There is no doubt, therefore, that in exercising this discretion the Commission acts in governmental capacity and is thus subject to the *Charter*. As there is no need to do so, I refrain from commenting on whether the Commission might be considered part of government for other purposes.

Section 15(1) of the *Charter*

53

Having concluded that the *Charter* applies to the failure of hospitals and the Medical Services Commission to provide sign language interpreters, it remains to be determined whether that failure infringes the appellants' equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. That provision states:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

I emphasize at the outset that s. 15(1), like other *Charter* rights, is to be generously and purposively interpreted; see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 336 and 344, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 175, *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at

Le cas de la commission des services médicaux est plus simple. Personne n'a contesté que la *Charte* s'applique à la commission lorsqu'elle exerce son pouvoir de décider si un service est un avantage au sens du par. 4(1) de la *Medical and Health Care Services Act*. Il est clair que, lorsqu'elle le fait, la commission met en œuvre une politique gouvernementale, savoir veiller à ce que tous les résidents reçoivent gratuitement les services médicalement nécessaires. Au lieu de dresser dans la législation la liste exhaustive des services assurés, le gouvernement a délégué à la commission le pouvoir de décider ce qui constitue un service «médicalement nécessaire». Il ne fait donc aucun doute que lorsqu'elle exerce ce pouvoir discrétionnaire la commission remplit une fonction gouvernementale et qu'elle est, de ce fait, assujettie à la *Charte*. Comme il n'est pas nécessaire de le faire, je m'abstiens de commenter la question de savoir si la commission pourrait être considérée comme faisant partie du gouvernement à d'autres fins.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte*

Ayant conclu que la *Charte* s'applique au fait, par les hôpitaux et par la commission des services médicaux, de ne pas fournir des services d'interprètes gestuels, il me reste à déterminer si cette omission porte atteinte aux droits à l'égalité garantis aux appelants par le par. 15(1) de la *Charte*. Cette disposition est rédigée ainsi:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Je tiens à souligner, dès le départ, que, à l'instar des autres droits garantis par la *Charte*, le par. 15(1) doit recevoir une interprétation généreuse et fondée sur son objet; voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 156, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, aux pp. 336 et 344, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 509, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S.

p. 1480, and *Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 179. As Lord Wilberforce proclaimed in *Minister of Home Affairs v. Fisher*, [1980] A.C. 319 (P.C., Bermuda), at p. 328, a constitution incorporating a bill of rights calls for “a generous interpretation avoiding what has been called ‘the austerity of tabulated legalism,’ suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to”; see also *Hunter*, at p. 156.

In the case of s. 15(1), this Court has stressed that it serves two distinct but related purposes. First, it expresses a commitment — deeply ingrained in our social, political and legal culture — to the equal worth and human dignity of all persons. As McIntyre J. remarked in *Andrews*, at p. 171, s. 15(1) “entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration”. Secondly, it instantiates a desire to rectify and prevent discrimination against particular groups “suffering social, political and legal disadvantage in our society”; see *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333 (*per* Wilson J.); see also Beverley McLachlin, “The Evolution of Equality” (1996), 54 *Advocate* 559, at p. 564. While this Court has confirmed that it is not necessary to show membership in a historically disadvantaged group in order to establish a s. 15(1) violation, the fact that a law draws a distinction on such a ground is an important *indicium* of discrimination; see *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 15 (*per* Gonthier J.) and at paras. 148-149 (*per* McLachlin J.), and *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at paras. 59-61 (*per* L’Heureux-Dubé J.).

As deaf persons, the appellants belong to an enumerated group under s. 15(1) — the physically

143, à la p. 175, *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, à la p. 1480, et *Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 179. Comme l’a proclamé lord Wilberforce dans *Minister of Home Affairs c. Fisher*, [1980] A.C. 319 (C.P. Bermudes), à la p. 328, une constitution dotée d’une déclaration des droits commande [TRADUCTION] «une interprétation généreuse afin d’éviter ce qu’on a appelé “l’austérité du juridisme tabulaire” et de permettre aux particuliers de bénéficier pleinement des droits et libertés fondamentaux mentionnés»; voir aussi l’arrêt *Hunter*, à la p. 156.

Notre Cour a souligné que le par. 15(1) vise deux objectifs distincts mais connexes. Premièrement, il exprime un engagement — profondément enraciné dans notre culture sociale, politique et juridique — envers l’égalité et la dignité de tous les êtres humains. Comme le faisait observer le juge McIntyre dans l’arrêt *Andrews*, à la p. 171, favoriser l’objet du par. 15(1) «emporte favoriser l’existence d’une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération». Deuxièmement, ce paragraphe concrétise le désir de remédier à la discrimination dont «sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société» ou de les protéger contre toute forme de discrimination; voir *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333 (le juge Wilson); voir aussi Beverley McLachlin, «The Evolution of Equality» (1996), 54 *Advocate* 559, à la p. 564. Quoique notre Cour ait confirmé qu’il n’était pas nécessaire de démontrer l’appartenance à un groupe traditionnellement défavorisé pour établir l’existence d’une atteinte au par. 15(1), le fait qu’un texte de loi établisse une distinction fondée sur ce motif constitue un indice important de discrimination: voir *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 15 (le juge Gonthier), et aux par. 148 et 149 (le juge McLachlin), et *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, aux par. 59 à 61 (le juge L’Heureux-Dubé).

En tant que personnes atteintes de surdité, les appelants appartiennent à un groupe énuméré au

disabled. While this fact is not contested, it is nonetheless relevant. As Wilson J. held in *Turpin*, the determination of whether a law is discriminatory is a contextual exercise. It is important, she explained, at p. 1331, "to look not only at the impugned legislation . . . but also to the larger social, political and legal context".

par. 15(1) — les personnes atteintes de déficiences physiques. Même si ce fait n'est pas contesté, il est néanmoins pertinent. Comme a statué le juge Wilson, dans *Turpin*, c'est en examinant le contexte d'un texte de loi qu'on détermine si celui-ci est discriminatoire. Il importe, a-t-elle expliqué, à la p. 1331, «d'examiner non seulement la disposition législative contestée [. . .], mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique».

56

It is an unfortunate truth that the history of disabled persons in Canada is largely one of exclusion and marginalization. Persons with disabilities have too often been excluded from the labour force, denied access to opportunities for social interaction and advancement, subjected to invidious stereotyping and relegated to institutions; see generally M. David Lepofsky, "A Report Card on the *Charter's* Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?" (1997), 7 *N.J.C.L.* 263. This historical disadvantage has to a great extent been shaped and perpetuated by the notion that disability is an abnormality or flaw. As a result, disabled persons have not generally been afforded the "equal concern, respect and consideration" that s. 15(1) of the *Charter* demands. Instead, they have been subjected to paternalistic attitudes of pity and charity, and their entrance into the social mainstream has been conditional upon their emulation of able-bodied norms; see Sandra A. Goundry and Yvonne Peters, *Litigating for Disability Equality Rights: The Promises and the Pitfalls* (1994), at pp. 5-6. One consequence of these attitudes is the persistent social and economic disadvantage faced by the disabled. Statistics indicate that persons with disabilities, in comparison to non-disabled persons, have less education, are more likely to be outside the labour force, face much higher unemployment rates, and are concentrated at the lower end of the pay scale when employed; see Minister of Human Resources Development, *Persons with Disabilities: A Supplementary Paper* (1994), at

Il est malheureusement vrai que l'histoire des personnes handicapées au Canada a été largement marquée par l'exclusion et la marginalisation. Trop souvent, elles ont été exclues de la population active, elles se sont vues refuser l'accès aux possibilités d'interaction et d'épanouissement sociales et elles ont été exposées à des stéréotypes injustes en plus d'être reléguées dans des établissements; voir, de façon générale, M. David Lepofsky, «A Report Card on the *Charter's* Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?» (1997), 7 *N.J.C.L.* 263. Ce désavantage historique a, dans une large mesure, été créé et perpétué par l'idée que la déficience est une anomalie ou un défaut. En conséquence, les personnes handicapées n'ont généralement pas obtenu [TRADUCTION] «l'égalité de respect, de déférence et de considération» que commande le par. 15(1) de la *Charte*. Au lieu de cela, elles ont fait l'objet d'attitudes paternalistes inspirées par la pitié et la charité, et leur intégration à l'ensemble de la société a été assujettie à leur émulation des normes applicables aux personnes physiquement aptes; voir Sandra A. Goundry et Yvonne Peters, *Litigating for Disability Equality Rights: The Promises and the Pitfalls* (1994), aux pp. 5 et 6. Une conséquence de ces attitudes est le désavantage social et économique persistant dont souffrent les personnes handicapées. Les statistiques indiquent que ces personnes, si on les compare aux personnes physiquement aptes, sont moins instruites, sont davantage susceptibles de ne pas faire partie de la population active, ont un taux de chômage beaucoup plus élevé et se retrouvent en nombre disproportionné dans les rangs des salariés les moins bien rémunérés; voir *Ministre du Développement des res-*

pp. 3-4, and Statistics Canada, *A Portrait of Persons with Disabilities* (1995), at pp. 46-49.

Deaf persons have not escaped this general predicament. Although many of them resist the notion that deafness is an impairment and identify themselves as members of a distinct community with its own language and culture, this does not justify their compelled exclusion from the opportunities and services designed for and otherwise available to the hearing population. For many hearing persons, the dominant perception of deafness is one of silence. This perception has perpetuated ignorance of the needs of deaf persons and has resulted in a society that is for the most part organized as though everyone can hear; see generally Oliver Sacks, *Seeing Voices: A Journey Into the World of the Deaf* (1989). Not surprisingly, therefore, the disadvantage experienced by deaf persons derives largely from barriers to communication with the hearing population.

With this context in mind, I turn to the specific elements of the appellants' s. 15(1) claim. While this Court has not adopted a uniform approach to s. 15(1), there is broad agreement on the general analytic framework; see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 62, *Miron*, *supra*, and *Egan*, *supra*. A person claiming a violation of s. 15(1) must first establish that, because of a distinction drawn between the claimant and others, the claimant has been denied "equal protection" or "equal benefit" of the law. Secondly, the claimant must show that the denial constitutes discrimination on the basis of one of the enumerated grounds listed in s. 15(1) or one analogous thereto. Before concluding that a distinction is discriminatory, some members of this Court have held that it must be shown to be based on an irrelevant personal characteristic; see *Miron* (*per* Gonthier J.) and *Egan* (*per* La Forest J.). Under this view, s. 15(1) will not be infringed unless the distinguished personal characteristic is irrelevant to the functional values underlying the law, provided that those values are not themselves

sources humaines, *Personnes handicapées: Un document d'information* (1994), aux pp. 3 à 5, et Statistique Canada, *Un portrait des personnes ayant une incapacité* (1995), aux pp. 46 à 49.

Les personnes atteintes de surdité n'échappent pas à cette situation difficile générale. Même si bon nombre d'entre elles rejettent l'idée que la surdité est une d ficiance et se disent membres d'une communauté distincte, possédant son langage et sa culture propres, cela ne justifie pas leur exclusion forcée des possibilités et services conçus pour les entendants et disponibles à ces derniers. Pour bien des entendants, la perception dominante qu'ils ont de la surdité est celle du silence. Cette perception a perpétué l'ignorance des besoins des personnes atteintes de surdité et a résulté en une société qui est en majeure partie organisée comme si tous pouvaient entendre; voir, de façon générale, Oliver Sacks, *Des yeux pour entendre: voyage au pays des sourds* (1990). Il n'est donc pas étonnant que le désavantage que subissent les personnes atteintes de surdité découle dans une large mesure d'obstacles à la communication avec les entendants.

C'est avec ce contexte à l'esprit que je vais examiner les éléments précis de l'argument des appellants fondé sur le par. 15(1). Bien que notre Cour n'ait pas adopté une approche uniforme à l'égard de cette disposition, il y a un large accord général sur le cadre d'analyse général: voir *Eaton c. Conseil scolaire du comité de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 62, *Miron* et *Egan*, précités. La personne qui allègue une violation du par. 15(1) doit d'abord établir que, en raison d'une distinction faite entre elle et d'autres personnes, elle est privée de la «même protection» ou du «même bénéfice» de la loi. En deuxième lieu, elle doit démontrer que cette privation constitue une discrimination fondée sur l'un des motifs énumérés au par. 15(1) ou sur un motif analogue. Certains membres de notre Cour ont jugé que, avant de conclure qu'une distinction est discriminatoire, il doit être prouvé que cette distinction est fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente; voir *Miron* (le juge Gonthier) et *Egan* (le juge La Forest). Selon ce point de vue, il n'y a atteinte au par. 15(1) que si la caractéristique personnelle sur laquelle la distinc-

57

58

discriminatory. Others have suggested that relevance is only one factor to be considered in determining whether a distinction based on an enumerated or analogous ground is discriminatory; see *Miron* (per McLachlin J.) and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627 (per Cory and Iacobucci JJ.).

tion est basée est sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi, pourvu que ces valeurs ne soient pas elles-mêmes discriminatoires. D'autres ont affirmé que la pertinence n'était que l'un des facteurs à prendre en compte pour décider si une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue était discriminatoire; voir *Miron* (le juge McLachlin) et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627 (les juges Cory et Iacobucci).

59 In my view, in the present case the same result is reached regardless of which of these approaches is applied; for similar reasoning, see *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (per Iacobucci J. for the Court). There is no question that the distinction here is based on a personal characteristic that is irrelevant to the functional values underlying the health care system. Those values consist of the promotion of health and the prevention and treatment of illness and disease, and the realization of those values through the vehicle of a publicly funded health care system. There could be no personal characteristic less relevant to these values than an individual's physical disability.

À mon avis, que l'on applique l'une ou l'autre de ces approches, le résultat est le même en l'espèce; pour un raisonnement analogue, voir *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (le juge Iacobucci pour la Cour). Il ne fait aucun doute que la distinction en cause est fondée sur une caractéristique personnelle sans rapport avec les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent le régime de soins de santé. Ces valeurs sont la promotion de la santé et la prévention et le traitement des maladies et affections, ainsi que la matérialisation de ces valeurs par le truchement d'un régime de soins de santé financé sur les deniers publics. Aucune caractéristique personnelle ne saurait être moins pertinente par rapport à ces valeurs que la déficience physique d'un individu.

60 The only question in this case, then, is whether the appellants have been afforded "equal benefit of the law without discrimination" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. On its face, the medicare system in British Columbia applies equally to the deaf and hearing populations. It does not make an explicit "distinction" based on disability by singling out deaf persons for different treatment. Both deaf and hearing persons are entitled to receive certain medical services free of charge. The appellants nevertheless contend that the lack of funding for sign language interpreters renders them unable to benefit from this legislation to the same extent as hearing persons. Their claim, in other words, is one of "adverse effects" discrimination.

La seule question à trancher en l'espèce est donc de savoir si les appelants ont droit au «même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination» aux termes du par. 15(1) de la *Charte*. À première vue, le régime d'assurance-maladie de la Colombie-Britannique s'applique d'une manière égale aux entendants et aux personnes atteintes de surdité. Il ne fait pas de «distinction» explicite fondée sur la déficience en accordant un traitement différent aux personnes atteintes de surdité. Tant ces dernières que les entendants ont le droit de recevoir certains services médicaux gratuitement. Les appelants prétendent néanmoins que l'absence de financement pour les services d'interprètes gestuels les empêche de bénéficier du régime établi par la loi dans la même mesure que les entendants. Autrement dit, ils invoquent la discrimination découlant d'«effets préjudiciables».

61 This Court has consistently held that s. 15(1) of the *Charter* protects against this type of discrimi-

Notre Cour a statué de façon constante que le par. 15(1) de la *Charte* protège contre ce type de

nation. In *Andrews, supra*, McIntyre J. found that facially neutral laws may be discriminatory. "It must be recognized at once", he commented, at p. 164, "... that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality"; see also *Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 347. Section 15(1), the Court held, was intended to ensure a measure of substantive, and not merely formal equality.

As a corollary to this principle, this Court has also concluded that a discriminatory purpose or intention is not a necessary condition of a s. 15(1) violation; see *Andrews*, at pp. 173-74, and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 544-49 (per Lamer C.J.); see also *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547. A legal distinction need not be motivated by a desire to disadvantage an individual or group in order to violate s. 15(1). It is sufficient if the effect of the legislation is to deny someone the equal protection or benefit of the law. As McIntyre J. stated in *Andrews*, at p. 165, "[t]o approach the ideal of full equality before and under the law . . . the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned." In this the Court has staked out a different path than the United States Supreme Court, which requires a discriminatory intent in order to ground an equal protection claim under the Fourteenth Amendment of the Constitution; see *Washington, Mayor of Washington, D.C. v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977), and *Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).

This Court first addressed the concept of adverse effects discrimination in the context of provincial human rights legislation. In *Simpsons-*

discrimination. Dans *Andrews*, précité, le juge McIntyre a conclu que des lois apparemment neutres pouvaient être discriminatoires. «Il faut cependant reconnaître dès le départ», a-t-il fait remarquer, à la p. 164, «. . . que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités»; voir aussi *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 347. Le paragraphe 15(1), a statué la Cour, vise à assurer une certaine égalité matérielle et non simplement formelle.

Comme corollaire de ce principe, notre Cour a aussi conclu que l'existence d'un but ou d'une intention discriminatoire n'était pas une condition nécessaire à l'existence d'une atteinte au par. 15(1); voir *Andrews*, aux pp. 173 et 174, et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 544 à 549 (le juge en chef Lamer); voir aussi *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547. Il n'est pas nécessaire qu'une distinction établie par la loi soit motivée par le désir de défavoriser un individu ou un groupe pour constituer une atteinte au par. 15(1). Il suffit que l'effet de la loi prive une personne de l'égalité de protection ou de bénéfice de la loi. Comme l'a dit le juge McIntyre dans *Andrews*, à la p. 165, «[p]our s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi [. . .], la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné.» En cela, notre Cour a emprunté une voie différente de celle de la Cour suprême des États-Unis, qui exige la preuve d'une intention discriminatoire pour fonder une violation de l'égalité de protection garantie par le Quatorzième amendement à la Constitution; voir *Washington, Mayor of Washington, D.C. c. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), *Village of Arlington Heights c. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252 (1977), et *Personnel Administrator of Massachusetts c. Feeney*, 442 U.S. 256 (1979).

Notre Cour a étudié pour la première fois le concept de discrimination découlant d'effets préjudiciables dans le contexte de lois provinciales sur les

Sears, the Court was faced with the question of whether a rule requiring employees to be available for work on Friday evenings and Saturdays discriminated against those observing a Saturday Sabbath. Though this rule was neutral on its face in that it applied equally to all employees, the Court nevertheless found it to be discriminatory. Writing for the Court, McIntyre J. commented as follows, at p. 551:

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

See also *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, and *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970. I note that in *Andrews*, McIntyre J. made it clear that the equality principles developed by the Court in human rights cases are equally applicable in s. 15(1) cases. The definition of adverse effects discrimination set out in *Simpsons-Sears*, moreover, has been expressly adopted in the context of s. 15(1); see *Egan, supra*, at para. 138 (*per Cory J.*).

droits de la personne. Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, elle devait trancher la question de savoir si une règle obligeant les employés à travailler le vendredi soir et le samedi était discriminatoire à l'endroit de ceux qui observaient le sabbat. Même si cette règle était apparemment neutre parce qu'elle s'appliquait également à tous les employés, la Cour a néanmoins conclu qu'elle était discriminatoire. S'exprimant pour la Cour, le juge McIntyre a fait les commentaires suivants, à la p. 551:

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y a une discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». [. . .] D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

Voir également *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, et *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970. Je souligne que, dans *Andrews*, le juge McIntyre a clairement indiqué que les principes d'égalité énoncés par la Cour dans les affaires de droits de la personne s'appliquent également aux affaires où entre en jeu le par. 15(1). De plus, la définition de discrimination découlant d'effets préjudiciables donnée dans *Simpsons-Sears*, a été expressément adoptée dans le contexte du par. 15(1); voir *Egan*, précité, au par. 138 (le juge Cory).

Adverse effects discrimination is especially relevant in the case of disability. The government will rarely single out disabled persons for discriminatory treatment. More common are laws of general application that have a disparate impact on the dis-

La discrimination découlant d'effets préjudiciables est particulièrement pertinente dans le cas des déficiences. Le gouvernement va rarement prendre des mesures discriminatoires à l'endroit des personnes handicapées. Il est plus fréquent que

abled. This was recognized by the Chief Justice in his dissenting opinion in *Rodriguez, supra*, where he held that the law criminalizing assisted suicide violated s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of physical disability. There, a majority of the Court determined, *inter alia*, that the law was saved by s. 1 of the *Charter*, assuming without deciding that it infringed s. 15(1). While I refrain from commenting on the correctness of the Chief Justice's conclusion on the application of s. 15(1) in that case, I endorse his general approach to the scope of that provision, which he set out as follows, at p. 549:

Not only does s. 15(1) require the government to exercise greater caution in making express or direct distinctions based on personal characteristics, but legislation equally applicable to everyone is also capable of infringing the right to equality enshrined in that provision, and so of having to be justified in terms of s. 1. Even in imposing generally applicable provisions, the government must take into account differences which in fact exist between individuals and so far as possible ensure that the provisions adopted will not have a greater impact on certain classes of persons due to irrelevant personal characteristics than on the public as a whole. In other words, to promote the objective of the more equal society, s. 15(1) acts as a bar to the executive enacting provisions without taking into account their possible impact on already disadvantaged classes of persons.

The Court elaborated upon this principle in its recent decision in *Eaton, supra*. Although *Eaton* involved direct discrimination, Sopinka J. observed that in the case of disabled persons, it is often the failure to take into account the adverse effects of generally applicable laws that results in discrimination. He remarked, at paras. 66-67:

The principles that not every distinction on a prohibited ground will constitute discrimination and that, in general, distinctions based on presumed rather than

des lois d'application générale aient un effet différent sur ces personnes. Ce fait a été reconnu par le Juge en chef dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, où il a conclu que la règle de droit créant l'infraction d'aide au suicide portait atteinte au par. 15(1) de la *Charte* en établissant une distinction fondée sur la déficience physique. Dans cette affaire, notre Cour à la majorité a décidé, notamment, que la validité de la règle de droit était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*, à supposer, sans trancher la question, qu'elle portait atteinte au par. 15(1). Bien que je m'abstienne de me prononcer sur le bien-fondé de la conclusion du Juge en chef quant à l'application du par. 15(1) dans cette affaire, je souscris à son analyse générale de la portée de cette disposition, qu'il a énoncée ainsi, à la p. 549:

Non seulement le par. 15(1) impose-t-il au gouvernement une vigilance accrue dans l'établissement de distinctions expresses ou directes sur le fondement de caractéristiques personnelles, mais il fait aussi que des lois également applicables à tous peuvent porter atteinte au droit à l'égalité consacré dans cette disposition, et peuvent donc devoir être justifiées aux termes de l'article premier. Même en imposant des mesures universelles, le gouvernement doit tenir compte de différences qui existent en fait entre les individus et s'assurer, dans la mesure du possible, que les mesures adoptées n'auront pas, en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, des répercussions plus lourdes sur certaines catégories de personnes que sur l'ensemble de la population. En d'autres termes, pour favoriser l'objectif d'une société plus égale, le par. 15(1) s'oppose à ce que les autorités politiques édictent des mesures sans tenir compte de leur effet possible sur des catégories de personnes déjà défavorisées.

Notre Cour a explicité ce principe récemment dans l'arrêt récent *Eaton*, précité. Quoique ce pourvoi portait sur un cas de discrimination directe, le juge Sopinka y a souligné que, pour ce qui est des personnes handicapées, c'est souvent le fait de ne pas tenir compte des effets préjudiciables de lois d'application générale qui cause la discrimination. Il a fait les observations suivantes aux par. 66 et 67:

Les principes voulant que toute distinction fondée sur un motif illicite ne constitue pas une discrimination et que les distinctions fondées sur des caractéristiques plu-

actual characteristics are the hallmarks of discrimination have particular significance when applied to physical and mental disability. Avoidance of discrimination on this ground will frequently require distinctions to be made taking into account the actual personal characteristics of disabled persons. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 169, McIntyre J. stated that the "accommodation of differences . . . is the essence of true equality". This emphasizes that the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons.

The principal object of certain of the prohibited grounds is the elimination of discrimination by the attribution of untrue characteristics based on stereotypical attitudes relating to immutable conditions such as race or sex. In the case of disability, this is one of the objectives. The other equally important objective seeks to take into account the true characteristics of this group which act as headwinds to the enjoyment of society's benefits and to accommodate them. Exclusion from the mainstream of society results from the construction of a society based solely on "mainstream" attributes to which disabled persons will never be able to gain access. Whether it is the impossibility of success at a written test for a blind person, or the need for ramp access to a library, the discrimination does not lie in the attribution of untrue characteristics to the disabled individual. The blind person cannot see and the person in a wheelchair needs a ramp. Rather, it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. The discrimination inquiry which uses "the attribution of stereotypical characteristics" reasoning as commonly understood is simply inappropriate here. It may be seen rather as a case of reverse stereotyping which, by not allowing for the condition of a disabled individual, ignores his or her disability and forces the individual to sink or swim within the mainstream environment. It is recognition of the actual characteristics, and reasonable

tôt présumées que réelles soient en général les signes révélateurs de la discrimination ont une importance particulière lorsqu'ils sont appliqués à une déficience physique ou à une déficience mentale. Pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 169, le juge McIntyre a dit que «le respect des différences [. . .] est l'essence d'une véritable égalité». Cela fait ressortir que le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d'empêcher la discrimination par l'attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d'améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l'ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées.

Certains des motifs illicites visent principalement à éliminer la discrimination par l'attribution de caractéristiques fausses fondées sur des attitudes stéréotypées se rapportant à des conditions immuables comme la race ou le sexe. Dans le cas d'une déficience, c'est l'un des objectifs. L'autre objectif, tout aussi important, vise à tenir compte des véritables caractéristiques de ce groupe qui l'empêchent de jouir des avantages de la société, et à les accommoder en conséquence. L'exclusion de l'ensemble de la société découle d'une interprétation de la société fondée seulement sur les attributs «de l'ensemble» auxquels les personnes handicapées ne pourront jamais avoir accès. Qu'il s'agisse de l'impossibilité pour une personne aveugle de réussir un examen écrit ou du besoin d'une rampe pour avoir accès à une bibliothèque, la discrimination ne consiste pas dans l'attribution de caractéristiques fausses à la personne handicapée. La personne aveugle ne peut pas voir et la personne en fauteuil roulant a besoin d'une rampe d'accès. C'est plutôt l'omission de fournir des moyens raisonnables et d'apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n'entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. L'enquête sur la discrimination qui recourt au raisonnement fondé sur «l'attribution de caractéristiques stéréotypées», dans son acception courante, est tout simplement inappropriée dans le cas présent. Elle peut être considérée plutôt comme un cas d'inversion d'un stéréotype qui, en ne tenant pas compte de la condition d'une personne handicapée, fait abstraction de sa déficience et la force à se tirer d'affaire toute seule dans l'environnement de l'ensemble de la société. C'est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l'adaptation raison-

accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

Unlike in *Simpsons-Sears* and *Rodriguez*, in the present case the adverse effects suffered by deaf persons stem not from the imposition of a burden not faced by the mainstream population, but rather from a failure to ensure that they benefit equally from a service offered to everyone. It is on this basis that the trial judge and the majority of the Court of Appeal found that the failure to provide medically related sign language interpretation was not discriminatory. Their analyses presuppose that there is a categorical distinction to be made between state-imposed burdens and benefits, and that the government is not obliged to ameliorate disadvantage that it has not helped to create or exacerbate. Before attempting to evaluate these assumptions, it will be helpful to relate the reasoning of the courts below in more detail.

As previously noted, both the trial judge and majority of the Court of Appeal determined that, while the access of deaf people to medical services is limited to a certain extent by their communication handicap, this limitation does not result from the denial of any benefit of the law within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. They were able to come to this conclusion because of the manner in which they characterized sign language interpretation. Interpretation services, they held, are not medically required. Rather, they are “ancillary services”, which, like other non-medical services such as transportation to a doctor’s office or hospital, are not publicly funded.

Having determined that sign language interpretation is a discrete, non-medical “ancillary” service, the courts below were able to conclude that the appellants were not denied a benefit available to the hearing population. As the majority of the Court of Appeal explained, prior to the introduction of a universal medicare system, deaf and hear-

nable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

Dans le présent cas, contrairement aux affaires *Simpsons-Sears* et *Rodriguez*, l’effet préjudiciable subi par les personnes atteintes de surdit   d  coule non pas du fait qu’on leur impose un fardeau que n’a pas    supporter la population en g  n  ral, mais plut  t du fait qu’on ne fait pas en sorte qu’elles b  n  ficient d’une mani  re   gale d’un service offert    tous. C’est en s’appuyant sur ce fondement que le juge de premi  re instance et la majorit   de la Cour d’appel ont conclu que le fait de ne pas fournir de services d’interpr  tation gestuelle en contexte m  dical n’  tait pas discriminatoire. Leur analyse suppose, d’une part, qu’il faut faire une distinction cat  gorique entre les avantages accord  s par le gouvernement et les fardeaux impos  s par celui-ci, et, d’autre part, que celui-ci n’est pas oblig   d’att  nuer les d  savantages qu’il n’a pas contribu      cr  er ou    exacerber. Avant de tenter d’  valuer ces hypoth  ses, il sera utile d’exposer plus en d  tail le raisonnement des juridictions inf  rieures.

Comme il a   t   signal   plus t  t, tant le juge de premi  re instance que la majorit   de la Cour d’appel ont statu   que, quoique l’acc  s des personnes atteintes de surdit   aux services m  dicaux soit dans une certaine mesure limit   par leur difficult      communiquer, cette limite ne r  sulte pas d’une n  gation du droit au b  n  fice de la loi au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Ils sont arriv  s    cette conclusion en raison de la mani  re dont ils ont qualifi   l’interpr  tation gestuelle. Ils ont statu   que les services d’interpr  tes ne sont pas m  dicale­ment n  cessaires. Ce sont plut  t des [TRADUCTION] «services connexes» qui, tout comme d’autres services non m  dicaux tel le transport au cabinet du m  decin ou    l’h  pital, ne sont pas financ  s sur les deniers publics.

Ayant d  cid   que l’interpr  tation gestuelle   tait un service non m  dical «connexe» et distinct, les juridictions inf  rieures ont pu conclure que les appelants n’avaient pas   t   priv  s d’un avantage offert aux entendants. Comme l’a expliqu   la majorit   de la Cour d’appel, avant l’instauration du r  gime universel d’assurance-maladie, tant les per-

66

67

68

ing persons were each required to pay their doctors. When necessary for effective communication, deaf persons were also obliged to pay for sign language translators. The Medical Services Plan, the court observed, removes the responsibility of both hearing and deaf persons to pay their physicians. Deaf persons, of course, remain responsible for the payment of translators in order to receive equivalent medical services as hearing persons, as they would be in the absence of the legislation. In the court's view, however, any resulting inequality exists independently of the benefit provided by the state.

sonnes atteintes de surdité que les entendants devaient payer leur médecin. Quand cela était nécessaire à l'efficacité des communications, les personnes atteintes de surdité devaient aussi se payer des interprètes gestuels. Le régime de services médicaux, a fait observer la cour, décharge les entendants et les personnes atteintes de surdité de l'obligation de payer leur médecin. Il va de soi que ces dernières restent tenues de se payer des traducteurs afin de recevoir des services médicaux équivalents à ceux fournis aux entendants, tout comme elles le feraient en l'absence de texte de loi. De l'avis de la cour, toutefois, toute inégalité en résultant existe indépendamment de l'avantage accordé par l' tat.

69 While this approach has a certain formal, logical coherence, in my view it seriously mischaracterizes the practical reality of health care delivery. Effective communication is quite obviously an integral part of the provision of medical services. At trial, the appellants presented evidence that miscommunication can lead to misdiagnosis or a failure to follow a recommended treatment. This risk is particularly acute in emergency situations, as illustrated by the appellant Linda Warren's experience during the premature birth of her twin daughters. That adequate communication is essential to proper medical care is surely so incontrovertible that the Court could, if necessary, take judicial notice of it. As Professor Pothier observes, for the hearing population "conversation between doctor and patient is so basic to the provision of medical services that it is taken for granted"; see Dianne Pothier, "M'Aider, Mayday: Section 15 of the *Charter in Distress*" (1996), 6 *N.J.C.L.* 295, at p. 335.

Même si cette approche a une certaine cohérence formelle et logique, elle décrit très mal, à mon sens, la réalité pratique de la prestation des soins de santé. Des communications efficaces sont évidemment une partie intégrante de la prestation des services médicaux. Au procès, les appelants ont présenté des éléments de preuve indiquant que de mauvaises communications peuvent entraîner un mauvais diagnostic ou l'omission de suivre le traitement recommandé. Ce risque est particulièrement prononcé dans les cas d'urgence, comme l'a montré l'expérience vécue par l'appelante Linda Warren lors de la naissance prématurée de ses jumelles. Le fait que de bonnes communications soient essentielles à la prestation de soins médicaux appropriés est certes tellement incontestable que la Cour peut, au besoin, en prendre connaissance d'office. Comme le souligne le professeur Pothier, dans le cas des entendants [TRADUCTION] «la conversation entre le médecin et le patient est tellement essentielle à la prestation des services médicaux qu'elle est tenue pour acquise»; voir Dianne Pothier, «M'Aider, Mayday: Section 15 of the *Charter in Distress*» (1996), 6 *N.J.C.L.* 295,   la p. 335.

70 The centrality of communication to the delivery of medical services is particularly evident in the context of negligence law. The duty of disclosure commands physicians to inform patients fully of the risks involved in treatment and answer their questions regarding such risks; see *Reibl v.*

Le caractère central des communications dans le cadre de la prestation des services médicaux est particulièrement évident dans le contexte du droit de la négligence. Les médecins ont l'obligation de divulguer entièrement aux patients la nature des risques que comporte un traitement donné et de

Hughes, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 884, and *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, at p. 210. Physicians cannot discharge this obligation without being able to communicate effectively with their patients. In the absence of sign language interpretation, there may well be cases where it will be impossible for doctors to treat deaf persons without breaching their professional responsibilities.

If there are circumstances in which deaf patients cannot communicate effectively with their doctors without an interpreter, how can it be said that they receive the same level of medical care as hearing persons? Those who hear do not receive communication as a distinct service. For them, an effective means of communication is routinely available, free of charge, as part of every health care service. In order to receive the same quality of care, deaf persons must bear the burden of paying for the means to communicate with their health care providers, despite the fact that the system is intended to make ability to pay irrelevant. Where it is necessary for effective communication, sign language interpretation should not therefore be viewed as an "ancillary" service. On the contrary, it is the means by which deaf persons may receive the same quality of medical care as the hearing population.

Once it is accepted that effective communication is an indispensable component of the delivery of medical services, it becomes much more difficult to assert that the failure to ensure that deaf persons communicate effectively with their health care providers is not discriminatory. In their effort to persuade this Court otherwise, the respondents and their supporting interveners maintain that s. 15(1) does not oblige governments to implement programs to alleviate disadvantages that exist independently of state action. Adverse effects only arise from benefit programs, they aver, when those programs exacerbate the disparities between the group claiming a s. 15(1) violation and the general population. They assert, in other words, that gov-

répondre à leurs questions à cet égard: voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, à la p. 884, et *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, à la p. 210. Les médecins ne peuvent pas s'acquitter de cette obligation s'ils ne sont pas en mesure de communiquer efficacement avec leurs patients. En l'absence d'interprétation gestuelle, il peut bien arriver qu'il soit impossible à un médecin de traiter une personne atteinte de surdité sans manquer à ses obligations professionnelles.

S'il y a des situations où les personnes atteintes de surdité ne peuvent pas communiquer efficacement avec leur médecin sans interprète, comment peut-on affirmer qu'ils reçoivent des soins médicaux de même qualité que les entendants? Pour les entendants, les communications ne constituent pas un service distinct. Ces derniers disposent en tout temps d'un moyen de communication efficace et gratuit, qui fait partie de tous les services de santé qu'ils reçoivent. Pour recevoir des soins de même qualité, les personnes atteintes de surdité doivent supporter le fardeau du coût du moyen de communication avec les professionnels de la santé, malgré le fait que le système soit censé enlever toute importance à la capacité de payer. Lorsqu'elle est nécessaire à l'efficacité des communications, l'interprétation gestuelle ne devrait donc pas être considérée comme un service «connexe». Au contraire, elle est le moyen qui permet aux personnes atteintes de surdité de recevoir la même qualité de soins médicaux que les entendants.

Une fois qu'il est admis que des communications efficaces constituent un élément indispensable à la prestation des services médicaux, il devient beaucoup plus difficile d'affirmer que l'omission de faire en sorte que les personnes atteintes de surdité puissent communiquer efficacement avec les professionnels de la santé qu'elles consultent n'est pas discriminatoire. Dans leur effort pour persuader la Cour du contraire, les intimés et les intervenants qui les appuient prétendent que le par. 15(1) n'oblige pas les gouvernements à mettre en œuvre des programmes destinés à atténuer les désavantages qui existent indépendamment des actions de l'État. Ils soutiennent que des effets préjudiciables ne découlent de programmes accordant des avan-

ernments should be entitled to provide benefits to the general population without ensuring that disadvantaged members of society have the resources to take full advantage of those benefits.

tages que dans les cas où ces programmes exacerbent les disparités entre le groupe alléguant l'atteinte au par. 15(1) et la population en général. Autrement dit, affirment-ils, les gouvernements devraient être autorisés à accorder des avantages à la population en général sans devoir faire en sorte que les membres défavorisés de la société aient les ressources pour bénéficier pleinement de ces avantages.

73 In my view, this position bespeaks a thin and impoverished vision of s. 15(1). It is belied, more importantly, by the thrust of this Court's equality jurisprudence. It has been suggested that s. 15(1) of the *Charter* does not oblige the state to take positive actions, such as provide services to ameliorate the symptoms of systemic or general inequality; see *Thibaudeau, supra*, at para. 37 (*per L'Heureux-Dubé J.*). Whether or not this is true in all cases, and I do not purport to decide the matter here, the question raised in the present case is of a wholly different order. This Court has repeatedly held that once the state does provide a benefit, it is obliged to do so in a non-discriminatory manner; see *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, *Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [1993] 2 S.C.R. 995, at pp. 1041-42, *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at p. 655, and *Miron, supra*. In many circumstances, this will require governments to take positive action, for example by extending the scope of a benefit to a previously excluded class of persons; see *Miron, Tétreault-Gadoury*, and *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Moreover, it has been suggested that, in taking this sort of positive action, the government should not be the source of further inequality; *Thibaudeau*, at para. 38 (*per L'Heureux-Dubé J.*).

À mon avis, cette position témoigne d'une vision étroite et peu généreuse du par. 15(1). Fait plus important encore, elle va à contre-courant de la jurisprudence de notre Cour sur l'égalité. Il a été avancé que le par. 15(1) de la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures concrètes, comme celle de fournir des services pour remédier aux symptômes de l'inégalité systémique ou générale; voir *Thibaudeau*, précité, au par. 37 (le juge L'Heureux-Dubé). Que cela soit vrai ou non dans tous les cas, point que je n'entends pas trancher en l'espèce, la question que soulève le présent pourvoi est d'un tout autre ordre. Notre Cour a statué à maintes reprises que, à partir du moment où l'État accorde effectivement un avantage, il est obligé de le faire sans discrimination; voir *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, aux pp. 1041 et 1042, *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, à la p. 655, et *Miron*, précité. Dans bon nombre de cas, les gouvernements auront à prendre des mesures concrètes, par exemple en étendant le champ d'application d'un avantage pour en faire bénéficier une catégorie de personnes jusque-là exclues; voir *Miron, Tétreault-Gadoury*, et *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. De plus, il a été dit que le gouvernement, lorsqu'il prend de telles mesures concrètes, ne devrait pas être la source d'une plus grande inégalité; *Thibaudeau*, au par. 38 (le juge L'Heureux-Dubé).

74 The same principle has been applied by this Court in its interpretation of the equality provisions of provincial human rights legislation. In *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, the Court found that an employer's accident

Notre Cour a appliqué le même principe dans l'interprétation des dispositions relatives à l'égalité prévues par les lois provinciales sur les droits de la personne. Dans *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, la Cour a conclu que le

and sickness insurance plan, which disentitled pregnant women from receiving benefits for any reason during a certain period, discriminated on the basis of pregnancy and hence sex. In so holding, it resoundingly rejected the reasoning of *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 190, which had held that the inequality resulting from a similar benefit program was “not created by legislation but by nature”.

In support of the view that the state has no obligation to remedy pre-existing disadvantage in providing benefits to the general population, the respondent relies on this Court’s decision in *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. There, the appellant, a self-employed mother, argued that the wages paid to her nanny were business expenses and that the section of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, that did not allow her to deduct the full cost of these expenses discriminated against her on the basis of sex. The Court rejected this argument, holding that the distinction created between persons who incur child care expenses and those who do not is not related to sex, despite the fact that women are responsible for a disproportionate share of the social costs of child care. Writing for the majority, Iacobucci J. held that the appellant had not proven that the actual expenses of child care were borne disproportionately by women. He thus concluded that the appellant had not demonstrated an adverse effect that was created or contributed to by the legislation. He stated the following, at pp. 764-65:

If the adverse effects analysis is to be coherent, it must not assume that a statutory provision has an effect which is not proved. We must take care to distinguish between effects which are wholly caused, or are contributed to, by an impugned provision, and those social circumstances which exist independently of such a provision.

While this statement can be interpreted as supporting the notion that, in providing a benefit, the state is not required to eliminate any pre-existing

régime d’assurance contre la maladie et les accidents d’un employeur, régime qui privait les femmes enceintes de prestations d’invalidité pour quelque motif que ce soit pendant une certaine période, créait une discrimination fondée sur la grossesse et donc sur le sexe. Par cette conclusion, la Cour a rejeté d’une manière retentissante le raisonnement formulé dans *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, à la p. 190, où il avait été jugé que l’inégalité résultant d’un programme de prestations analogue n’était «pas le fait de la législation, mais bien de la nature».

Au soutien de l’argument que, lorsqu’il accorde des avantages à la population en général, l’État n’a pas l’obligation de remédier à un désavantage préexistant, l’intimé invoque l’arrêt de notre Cour *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695. Dans cette affaire, l’appelante, mère et travailleuse autonome, avait soutenu que le salaire versé à une gardienne d’enfants était une dépense d’entreprise et que la disposition de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, lui interdisant de déduire au complet cette dépense créait à son endroit une discrimination fondée sur le sexe. La Cour a rejeté cet argument, statuant que la distinction entre les personnes qui ont des frais de garde d’enfant et celles qui n’en ont pas n’était pas basée sur le sexe, malgré le fait que les femmes assument une part disproportionnée des coûts sociaux à ce chapitre. S’exprimant pour la majorité, le juge Iacobucci a statué que l’appelante n’avait pas prouvé que les femmes paient une part disproportionnée des frais réels de garde d’enfants. Par conséquent, il a conclu que l’appelante n’avait pas établi que la loi avait créé un effet préjudiciable ou y avait contribué. Il a affirmé ce qui suit, aux pp. 764 et 765:

Pour que l’analyse des effets préjudiciables soit cohérente, il ne faut pas présumer qu’une disposition législative possède un effet qui n’est pas prouvé. Nous devons prendre soin d’établir une distinction entre les effets qui sont causés en totalité ou en partie par une disposition contestée et les circonstances sociales qui existent indépendamment de la disposition en question.

Quoique cette affirmation puisse être interprétée comme appuyant l’idée que, lorsqu’il accorde un avantage, l’État n’est pas tenu d’éliminer tout

“social” disadvantage, it should be remembered that it was made in the context of determining whether the legislation made a distinction based on an enumerated or analogous ground. In *Symes*, the appellant was unable to show that the allegedly adverse effect created by the legislation was suffered by members of such a group. There was no relationship, in other words, between the benefit provided by the government and the social disadvantage suffered by women in child-rearing. In the present case, in contrast, the alleged adverse effect is suffered by an enumerated group. The social disadvantage borne by the deaf is directly related to their inability to benefit equally from the service provided by the government. As a result, I do not believe that *Symes* is helpful to the respondent.

désavantage «social» préexistant, il ne faut pas oublier qu'elle a été faite dans l'examen de la question de savoir si la loi faisait une distinction fondée sur un motif énuméré ou sur un motif analogue. Dans *Symes*, l'appelante n'a pas été en mesure de démontrer que l'effet préjudiciable que, selon elle, produisait la loi était subi par les membres du groupe invoqué. Autrement dit, il n'y avait pas de lien entre l'avantage accordé par le gouvernement et le désavantage social subi par les femmes élevant des enfants. Dans le présent pourvoi, par contraste, l'effet préjudiciable allégué est subi par un groupe énuméré. Le désavantage social supporté par les personnes atteintes de surdité a un rapport direct avec leur incapacité de bénéficier d'une manière égale des services fournis par le gouvernement. En conséquence, je ne crois pas que l'arrêt *Symes* soit utile à l'intimé.

77

This Court has consistently held, then, that discrimination can arise both from the adverse effects of rules of general application as well as from express distinctions flowing from the distribution of benefits. Given this state of affairs, I can think of no principled reason why it should not be possible to establish a claim of discrimination based on the adverse effects of a facially neutral benefit scheme. Section 15(1) expressly states, after all, that “[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination . . .” (emphasis added). The provision makes no distinction between laws that impose unequal burdens and those that deny equal benefits. If we accept the concept of adverse effect discrimination, it seems inevitable, at least at the s. 15(1) stage of analysis, that the government will be required to take special measures to ensure that disadvantaged groups are able to benefit equally from government services. As I will develop below, if there are policy reasons in favour of limiting the government’s responsibility to ameliorate disadvantage in the provision of benefits and services, those policies are more appropriately con-

Notre Cour a donc statué de façon constante que la discrimination peut être créée autant par les effets préjudiciables de règles d'application générale que par les distinctions expresses découlant de la distribution des avantages. Compte tenu de cet état de choses, je ne peux voir aucun principe qui empêcherait de prouver l'existence de discrimination fondée sur les effets préjudiciables d'un régime de prestations apparemment neutre. Après tout, le par. 15(1) dit textuellement que «[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination . . .» (je souligne). Il ne fait pas distinction entre les lois qui imposent des fardeaux inégaux et celles qui n'accordent pas des avantages égaux. Si nous acceptons le concept de discrimination découlant d'effets préjudiciables, il semble inévitable, du moins à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le gouvernement sera tenu de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d'une manière égale des services gouvernementaux. Comme je vais l'exposer plus loin, s'il existe des raisons de principes en faveur de la limitation de l'obligation du gouvernement de remédier au désavantage découlant de la fourniture d'avantages et de services, il convient davantage d'étudier ces principes au moment de trancher

sidered in determining whether any violation of s. 15(1) is saved by s. 1 of the *Charter*.

The principle that discrimination can accrue from a failure to take positive steps to ensure that disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is widely accepted in the human rights field. In *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. vi, the court found that the failure of a theatre to provide a disabled person a choice of place from which to view a film comparable to that offered to the general public was discriminatory. Similarly, in *Howard v. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353, it was held that the university was obligated to provide a deaf student with a sign language interpreter for his classes. “[W]ithout interpreters”, the Human Rights Council held, at p. D/358, “the complainant did not have meaningful access to the service”. And in *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. v. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776, the Quebec Tribunal des droits de la personne determined that a rent review tribunal must accommodate a deaf litigant by providing sign language interpretation. Moreover, the principle underlying all of these cases was affirmed in *Haig, supra*, where a majority of this Court wrote, at p. 1041, that “a government may be required to take positive steps to ensure the equality of people or groups who come within the scope of s. 15”.

It is also a cornerstone of human rights jurisprudence, of course, that the duty to take positive action to ensure that members of disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is subject to the principle of reasonable accommodation. The obligation to make reasonable accommodation for those adversely affected by a facially neutral policy or rule extends only to the point of “undue hardship”; see *Simpsons-Sears, supra*, and *Central Alberta Dairy*

la question de savoir si la violation du par. 15(1) est justifiée conformément à l’article premier de la *Charte*.

Le principe selon lequel la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est largement accepté dans le domaine des droits de la personne. Dans *Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.* (1985), 18 D.L.R. (4th) 93 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. vi, la cour a décidé que le fait, dans une salle de cinéma, de ne pas offrir à une personne handicapée le choix d’une place lui permettant de voir aussi bien que le reste de l’auditoire était discriminatoire. De même, dans *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353, il a été jugé que l’université était obligée de fournir à un étudiant atteint de surdité les services d’un interprète gestuel pour ses cours. [TRADUCTION] «[S]ans interprète», a statué le Human Rights Council, à la p. D/358, «le plaignant n’avait pas un accès utile au service». Et, dans *Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. c. Régie du logement*, [1996] R.J.Q. 1776, le Tribunal des droits de la personne du Québec a décidé qu’un tribunal de révision des loyers devait fournir à un plaideur atteint de surdité des services d’interprétation gestuelle. Qui plus est, le principe sous-jacent de toutes ces affaires a été confirmé dans l’arrêt *Haig*, précité, où notre Cour à la majorité a écrit, à la p. 1041, qu’«un gouvernement peut se voir obligé de prendre des mesures positives afin d’assurer l’égalité de personnes ou groupes visés à l’art. 15».

Il va de soi qu’une autre pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est que l’obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d’un groupe défavorisé bénéficient d’une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables. L’obligation de prendre des mesures d’accommodement raisonnables en faveur des personnes subissant les effets préjudiciables d’une

Pool, supra. In my view, in s. 15(1) cases this principle is best addressed as a component of the s. 1 analysis. Reasonable accommodation, in this context, is generally equivalent to the concept of “reasonable limits”. It should not be employed to restrict the ambit of s. 15(1).

politique ou d’une règle apparemment neutre cesse lorsqu’elle va entraîner des «contraintes excessives»; voir les arrêts *Simpsons-Sears*, et *Central Alberta Dairy Pool*, précités. À mon avis, dans les affaires concernant le par. 15(1), il est préférable d’appliquer ce principe dans le cadre de l’analyse fondée sur l’article premier. Dans ce contexte, le principe des accommodements raisonnables équivaut généralement au concept des «limites raisonnables». Il ne devrait pas être utilisé pour restreindre la portée du par. 15(1).

80 In my view, therefore, the failure of the Medical Services Commission and hospitals to provide sign language interpretation where it is necessary for effective communication constitutes a *prima facie* violation of the s. 15(1) rights of deaf persons. This failure denies them the equal benefit of the law and discriminates against them in comparison with hearing persons.

Je suis donc d’avis que le fait pour la commission des services médicaux et les hôpitaux de ne pas fournir de services d’interprétation gestuelle lorsque ces services sont nécessaires pour permettre des communications efficaces constitue une violation à première vue des droits garantis aux personnes atteintes de surdité par le par. 15(1). Cette omission prive ces personnes de l’égalité de bénéfice de la loi et crée de la discrimination à leur endroit par comparaison avec les entendants.

81 I acknowledge that the standard I have set is a broad one. Given the nature of the evidentiary record before this Court, however, it would not be appropriate to elaborate it in any detail. Some guidance can be provided, however (and I stress that it is guidance — not authoritative pronouncement), by the experience in the United States under the *Rehabilitation Act*, 29 U.S.C. § 794 (1997), and the *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. §§ 12182-12189 (1997). Regulations enacted pursuant to those statutes require health care providers to supply appropriate auxiliary aids and services, including qualified sign language interpreters, to ensure “effective communication” with deaf persons; *Code of Federal Regulations*, 45 C.F.R. § 84.52(c) (1997); 28 C.F.R. § 36.303(b) and (c) (1997). While the term “effective communication” is not defined in the legislation, it has been held to mean that a deaf individual “actually understood” the content of the communication; see *Bonner v. Lewis*, 857 F.2d 559 (9th Cir. 1988), at pp. 563-64. One would suppose that it would also entail that deaf persons be able to inform medical staff of the basic circumstances surrounding their illness or injury; see Elizabeth E. Chilton, “Ensuring Effec-

Je reconnais que la norme que j’ai énoncée a une large portée. Toutefois, étant donné la nature de la preuve présentée à la Cour, il ne conviendrait pas de l’expliciter. Il est cependant possible de dégager certaines indications générales (et je souligne qu’il s’agit d’indications — et non de déclarations faisant autorité) de l’application, aux États-Unis, de la *Rehabilitation Act*, 29 U.S.C. § 794 (1997) et de la *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. §§ 12182 à 12189 (1997). Conformément aux règlements d’application de ces lois, les professionnels de la santé doivent fournir les moyens et services connexes appropriés, notamment les services d’interprètes gestuels compétents, afin d’assurer des [TRADUCTION] «communications efficaces» avec les personnes atteintes de surdité; *Code of Federal Regulations*, 45 C.F.R. § 84.52(c) (1997); 28 C.F.R. § 36.303(b) et (c) (1997). Même si l’expression «communications efficaces» n’a pas été définie dans la législation, il a été jugé qu’elle s’entendait du fait que la personne atteinte de surdité [TRADUCTION] «ait effectivement compris» la teneur de ce qu’on lui communique; voir *Bonner c. Lewis*, 857 F.2d 559 (9th Cir. 1988), aux pp. 563 et 564. On suppose qu’elle emporte aussi

tive Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients” (1996), 47 *Hastings L.J.* 871, at p. 883.

This is not to say that sign language interpretation will have to be provided in every medical situation. The “effective communication” standard is a flexible one, and will take into consideration such factors as the complexity and importance of the information to be communicated, the context in which the communications will take place and the number of people involved; see 28 C.F.R. § 35.160 (1997). For deaf persons with limited literacy skills, however, it is probably fair to surmise that sign language interpretation will be required in most cases; see Chilton, at p. 886, and the many studies there cited.

Finally, I note that it is not in strictness necessary to decide whether, according to this standard, the appellants’ s. 15(1) rights were breached. This Court has held that if claimants prove that the equality rights of members of the group to which they belong have been infringed, they need not establish a violation of their own particular rights. In *Egan, supra*, the government contended that, given the net benefit available to them pursuant to other legislation, a homosexual couple was not negatively affected by the denial of a spousal allowance under the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9. In rejecting this submission, I commented as follows, at para. 12:

... the respondent contends that the appellants have suffered no prejudice. ... I would simply dispose of this argument on the ground that, while this may be true in this specific instance, there is nothing to show that this is generally the case with homosexual couples, which is the point the respondent must establish.

Similarly, Cory J. stated in *Egan*, at para. 153, that the “appellants must demonstrate that homosexual

que ces personnes sont en mesure d’informer le personnel médical des circonstances essentielles de leur maladie ou blessure; voir Elizabeth E. Chilton, «Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients» (1996), 47 *Hastings L.J.* 871, à la p. 883.

Cela ne veut pas dire que l’interprétation gestuelle doit être fournie dans tous les cas où un patient reçoit des soins de santé. La norme des «communications efficaces» est une norme souple, qui tient compte de facteurs tels que la complexité et l’importance de l’information à communiquer, le contexte dans lequel les communications auront lieu et le nombre de participants; voir 28 C.F.R. § 35.160 (1997). Toutefois, dans le cas des personnes atteintes de surdité dont la capacité de lire et d’écrire est limitée, il est probablement juste de supposer que l’interprétation gestuelle sera requise dans la plupart des cas; voir Chilton, à la p. 886, ainsi que les nombreuses études mentionnées par l’auteur.

En dernier lieu, je souligne qu’il n’est pas strictement nécessaire de décider si, selon cette norme, il y a eu atteinte aux droits garantis aux appelants par le par. 15(1). Notre Cour a statué que, si les demandeurs établissent une atteinte aux droits à l’égalité des membres du groupe auquel ils appartiennent, ils n’ont pas à prouver l’atteinte à leurs droits individuels. Dans *Egan*, précité, le gouvernement a prétendu que, en raison de l’avantage net accordé aux couples homosexuels par d’autres lois, ces couples ne subissaient aucun effet préjudiciable du fait qu’on leur refusait l’allocation au conjoint prévue par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* L.R.C. (1985), ch. O-9. Rejetant cet argument, j’ai fait le commentaire suivant, au par. 12:

... l’intimée soutient que les appelants n’ont été victimes d’aucun préjudice [. . .] Pour répondre à cet argument, je dirai simplement que, si c’est le cas dans la présente affaire, rien ne prouve que ce soit généralement le cas pour les couples homosexuels, ce dont l’intimée doit faire la preuve.

De même, dans *Egan*, au par. 153, le juge Cory a dit qu’il incombe aux «appelants de démontrer que

couples in general are denied equal benefit of the law, not that they themselves are suffering a particular or unique denial of a benefit" (emphasis in original). That being said, it is fair to say that the absence of a publicly funded sign language interpretation service discriminated against the appellants by denying them the equal benefit of the British Columbia health care system. The evidence at trial established that, generally speaking, the quality of care received by the appellants was inferior to that available to hearing persons.

Section 1 of the Charter

84

I come now to possible justification under s. 1 of the *Charter*, which reads:

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.

In order to justify a limitation of a *Charter* right, the government must establish that the limit is "prescribed by law" and is "reasonable" in a "free and democratic society". In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court set out the analytical framework for determining whether a law constitutes a reasonable limit on a *Charter* right. A succinct restatement of that framework can be found in the reasons of Iacobucci J. in *Egan*, at para. 182:

First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be a proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right. In all s. 1 cases the burden of

les couples homosexuels, en général, sont privés du même bénéfice de la loi, et non qu'ils sont eux-mêmes privés d'un bénéfice à titre particulier» (souligné dans l'original). Cela dit, il est juste d'affirmer que l'absence de services d'interprétation gestuelle financés sur les deniers publics a créé de la discrimination à l'endroit des appelants en les privant de l'égalité de bénéfice du régime de soins de santé de la Colombie-Britannique. La preuve présentée au procès a établi que, de façon générale, la qualité des soins reçus par les appelants était inférieure à celle des soins offerts aux entendants.

L'article premier de la Charte

J'arrive maintenant à la possibilité de justification prévue par l'article premier de la *Charte*, qui est rédigé ainsi:

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.

Afin de justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte*, le gouvernement doit établir que les limites sont prescrites par une «règle de droit» et qu'elles sont «raisonnables» dans le cadre d'une «société libre et démocratique». Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour a exposé le cadre analytique applicable pour décider si une loi constitue une limite raisonnable d'un droit garanti par la *Charte*. Ce cadre a été reformulé succinctement par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Egan*, au par. 182:

Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif. Dans le contexte de l'article premier, il incombe toujours au gouvernement de prouver selon la

proof is with the government to show on a balance of probabilities that the violation is justifiable.

It is not necessary to consider each of these elements in this case. Assuming without deciding that the decision not to fund medical interpretation services for the deaf constitutes a limit “prescribed by law”, that the objective of this decision — controlling health care expenditures — is “pressing and substantial”, and that the decision is rationally connected to the objective, I find that it does not constitute a minimum impairment of s. 15(1).

This Court has recently confirmed that the application of the *Oakes* test requires close attention to the context in which the impugned legislation operates; see *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 78. The Court has also held that where the legislation under consideration involves the balancing of competing interests and matters of social policy, the *Oakes* test should be applied flexibly, and not formally or mechanistically; see *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 737, *McKinney*, *supra*, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 999-1000, *Cotroni*, *supra*, at p. 1489, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at p. 222 (*per* L’Heureux-Dubé J.), *Egan*, *supra*, at para. 29 (*per* La Forest J.) and at paras. 105-106 (*per* Sopinka J.), and *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 63 (*per* La Forest J.) and at paras. 127-138 (*per* McLachlin J.). It is also clear that while financial considerations alone may not justify *Charter* infringements (*Schachter*, *supra*, at p. 709), governments must be afforded wide latitude to determine the proper distribution of resources in society; see *McKinney*, at p. 288, and *Egan*, at para. 104 (*per* Sopinka J.). This is especially true where Parliament, in providing specific social benefits, has to choose between disadvantaged groups; see *Egan*, at paras. 105-110 (*per* Sopinka J.). On the other hand, members of this Court have suggested that deference should not be accorded to the legislature merely because an issue is a “social” one or because a need for governmental “incrementalism” is shown; see

prépondérance des probabilités que la violation peut se justifier.

Il n’est pas nécessaire d’examiner chacun de ces éléments dans le présent pourvoi. À supposer, sans trancher la question, que la décision de ne pas financer des services d’interprètes médicaux à l’intention des personnes atteintes de surdité constitue une limite prescrite par une «règle de droit», que l’objectif de cette décision — limiter les dépenses au titre des soins de santé — est «urgent et réel» et que la décision a un lien rationnel avec l’objectif, je conclus qu’elle n’est pas une atteinte minimale au par. 15(1).

Notre Cour a confirmé récemment que l’application du critère de l’arrêt *Oakes* commande un examen attentif du contexte dans lequel s’inscrit le texte de loi attaqué; voir *Ross c. Conseil scolaire du district Né 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, au par. 78. La Cour a également statué que, dans les cas où l’examen du texte en cause exige que soient soupes s des intérêts opposés et des questions de politique sociale, le critère de l’arrêt *Oakes* doit être appliqué avec souplesse, et non de manière formaliste ou mécanique; voir *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697,   la p. 737, *McKinney*, précité, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, aux pp. 999 et 1000, *Cotroni*, précité, à la p. 1489, *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139,   la p. 222 (le juge L’Heureux-Dubé), *Egan*, précité, au par. 29 (le juge La Forest) et aux par. 105-106 (le juge Sopinka), et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au par. 63 (le juge La Forest) et aux par. 127   138 (le juge McLachlin). En outre, il est évident que, même si des considérations financières seules ne peuvent justifier une atteinte à la *Charte* (*Schachter*, précité, à la p. 709), les gouvernements doivent disposer d’une grande latitude pour décider de la distribution appropriée des ressources dans la société; voir les arrêts *McKinney*, à la p. 288, et *Egan*, au par. 104 (le juge Sopinka). Cela est particulièrement vrai dans les cas où le Parlement, lorsqu’il accorde des avantages sociaux déterminés, doit privilégier certains groupes défavorisés; voir *Egan*, aux par. 105   110 (le juge Sopinka). En revanche, des membres de notre

Egan, at para. 97 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and at paras. 215-16 (*per* Iacobucci J.). In the present case, the failure to provide sign language interpreters would fail the minimal impairment branch of the *Oakes* test under a deferential approach. It is, therefore, unnecessary to decide whether in this "social benefits" context, where the choice is between the needs of the general population and those of a disadvantaged group, a deferential approach should be adopted.

Cour ont avancé qu'il n'y a pas lieu de faire montre de retenue à l'égard de la décision du législateur du seul fait qu'une question relève du domaine «social», ou parce que la nécessité pour le gouvernement d'agir «progressivement» a été établie; voir *Egan*, au par. 97 (le juge L'Heureux-Dubé) et aux par. 215 et 216 (le juge Iacobucci). Dans le présent pourvoi, le fait de ne pas fournir des services d'interprètes gestuels ne satisfèrait pas au volet de l'atteinte minimale du critère de l'arrêt *Oakes*, si on faisait montre de retenue. Par conséquent, il n'est pas nécessaire, dans le présent contexte où des «avantages sociaux» sont en cause et où il faut choisir entre les besoins de la population en général et ceux d'un groupe défavorisé, de décider s'il convient de faire montre de retenue.

86 At the same time, the leeway to be granted to the state is not infinite. Governments must demonstrate that their actions infringe the rights in question no more than is reasonably necessary to achieve their goals. Thus, I stated the following for the Court in *Tétreault-Gadoury*, *supra*, at p. 44:

Cependant, la liberté d'action qui doit être accordée à l'État n'est pas infinie. Les gouvernements doivent démontrer que leurs actions ne portent pas atteinte aux droits en question plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour réaliser leurs objectifs. Ainsi, j'ai affirmé ce qui suit au nom de la Cour, dans *Tétreault-Gadoury*, précité, à la p. 44:

It should go without saying, however, that the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down.

Il va sans dire, cependant, que la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*. Si le gouvernement ne peut démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale en tentant d'atteindre ses objectifs, la loi sera invalidée.

87 In the present case, the government has manifestly failed to demonstrate that it had a reasonable basis for concluding that a total denial of medical interpretation services for the deaf constituted a minimum impairment of their rights. As previously noted, the estimated cost of providing sign language interpretation for the whole of British Columbia was only \$150,000, or approximately 0.0025 percent of the provincial health care budget at the time. This figure was based on an extrapolation from the services then being provided by the Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing in the Lower Mainland area. Although there was little evidence presented of the precise content of

Dans la présente espèce, le gouvernement n'a manifestement pas démontré qu'il était raisonnablement fondé à conclure que le refus complet de fournir des services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité constituait une atteinte minimale aux droits de celles-ci. Comme il a été souligné plus tôt, le coût estimatif de la fourniture de services d'interprétation gestuelle dans l'ensemble de la Colombie-Britannique s'levait seulement à 150 000 \$, soit environ 0,0025 pour 100 du budget des soins de santé de la province à l'époque. Ce chiffre découle d'une extrapolation faite à partir des services qui étaient alors fournis par le Western Institute for the Deaf and Hard of

this service, it was not suggested that its extension throughout the province would not have fulfilled the requirements of s. 15(1). In these circumstances, the refusal to expend such a relatively insignificant sum to continue and extend the service cannot possibly constitute a minimum impairment of the appellants' constitutional rights.

The respondents argue, however, that the situation of deaf persons cannot be meaningfully distinguished from that of other non-official language speakers. If they are compelled to provide interpreters for the former, they submit, they will also have to do so for the latter, thereby increasing the expense of the program dramatically and placing severe strain on the fiscal sustainability of the health care system. In this context, they contend, it was reasonable for the government to conclude that they impaired the rights of deaf persons as little as possible.

This argument, in my view, is purely speculative. It is by no means clear that deaf persons and non-official language speakers are in a similar position, either in terms of their constitutional status or their practical access to adequate health care. From the perspective of a patient, there is no real difference between sign language and oral language if there is no ability to communicate with a physician. But from the perspective of the state's obligations, there may very well be. In the present case, the only relevant constitutional provisions are ss. 15(1) and 1 of the *Charter*. In a case involving a claim for medical interpretation for hearing patients, in contrast, the analysis would be more complicated. In such a case, it would be necessary to consider the interaction between s. 15(1) and other provisions of the Constitution, specifically those related to the language obligations of governments. Moreover, the respondents have presented no evidence as to the potential scope or cost of an oral language medical interpretation pro-

Hearing dans le Lower Mainland. Même si peu d'éléments de preuve ont été présentés quant au contenu précis de ces services, personne n'a prétendu que l'élargissement de leur prestation à l'ensemble de la province n'aurait pas satisfait aux exigences du par. 15(1). Vu ces circonstances, le refus de dépenser cette somme relativement peu importante pour maintenir ces services et en élargir la prestation ne saurait constituer une atteinte minimale aux droits garantis aux appelants par la Constitution.

Toutefois, les intimés soutiennent qu'il n'est pas possible de faire de distinction utile entre la situation des personnes atteintes de surdité et celle des autres personnes qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles. Si on les oblige à fournir des interprètes aux premières, d'affirmer les intimés, ils devront aussi en fournir aux secondes, ce qui augmentera de façon marquée le coût du programme et nuira sérieusement à la viabilité financière du régime de soins de santé. Dans ce contexte, disent-ils, le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'ils portaient le moins possible atteinte aux droits des personnes atteintes de surdité.

À mon sens, cet argument relève entièrement de la spéculation. Il n'est aucunement évident que les personnes atteintes de surdité et celles qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles sont dans une situation analogue, que ce soit sur le plan du statut constitutionnel ou de l'accès pratique à des soins de santé adéquats. Du point de vue du patient, il n'y a pas vraiment de différence entre le langage gestuel et le langage parlé s'il lui est impossible de communiquer avec le médecin. Toutefois, du point de vue des obligations de l'État, il peut très bien exister une différence. En l'espèce, les seules dispositions constitutionnelles pertinentes sont le par. 15(1) et l'article premier de la *Charte*. Par contraste, dans une affaire concernant la prestation de services d'interprètes médicaux pour des entendants, l'analyse serait plus compliquée. En pareil cas, il serait nécessaire d'étudier l'interaction entre le par. 15(1) et les autres dispositions de la Constitution, en particulier celles touchant les obligations des gouvernements en

gram. It is possible that the nature and extent of any reasonable accommodation required for hearing persons under s. 1 would differ from that required for deaf persons. Thus, any claim for the provision of such a program, whether based on national origin or language as an analogous ground, would proceed on markedly different constitutional terrain than a claim grounded on disability.

matière linguistique. De plus, les intimés n'ont produit aucun élément de preuve sur le champ d'application éventuel ou le coût d'un programme d'interprétation médicale pour les entendants. Il est possible que la nature et l'étendue des mesures d'accommodement raisonnables requises pour les entendants en vertu de l'article premier diffèrent de celles requises dans le cas des personnes atteintes de surdité. Par conséquent, toute action relative à la prestation d'un tel programme, qu'elle soit fondée sur l'origine nationale ou la langue en tant que motif analogue, serait examinée selon des paramètres constitutionnels nettement différents de ceux applicables à une action fondée sur la déficience.

90

Further, it is apparent that deaf persons stand in a special position in terms of their ability to communicate with the mainstream population. As I have discussed, it is extremely difficult for many deaf persons to acquire a high level of proficiency in oral languages, whether in spoken or written form. Moreover, it is apparent that the deaf have particular difficulties in obtaining the service of persons in the community who understand sign language. There is no evidentiary basis from which to assess whether non-official language speakers stand in a similar position. So, without wishing to minimize the difficulties faced by hearing persons whose native tongues are neither English nor French, it is by no means clear that the communications barriers they face are analogous to those encountered by deaf persons. As a result, the success of a potential s. 15(1) claim by members of the latter group cannot be predicted in advance. The possibility that such a claim might be made, therefore, cannot justify the infringement of the constitutional rights of the deaf.

En outre, il est évident que les personnes atteintes de surdité sont dans une situation particulière en ce qui a trait à leur capacité de communiquer avec la population en général. Comme je l'ai dit précédemment, il est extrêmement difficile pour bon nombre de personnes atteintes de surdité de bien maîtriser les langages basés sur l'expression orale, sous leur forme parl e ou écrite. De plus, il est évident que ces personnes éprouvent des difficultés particulières à obtenir les services de concitoyens qui connaissent le langage gestuel. Il n'y a aucune preuve permettant d'apprécier si les personnes qui ne parlent pas l'une ou l'autre des langues officielles sont dans une situation analogue. Aussi, sans vouloir minimiser les difficultés que rencontrent le groupe des entendants dont la langue maternelle n'est ni l'anglais ni le français, il n'est absolument pas évident que les obstacles à la communication qu'ils ont à surmonter sont analogues à ceux qui se dressent devant les personnes atteintes de surdité. En conséquence, il est impossible de prédire quel succès auraient les membres de ce groupe s'ils présentaient une action fondée sur le par. 15(1). Par conséquent, la possibilité qu'une telle action puisse être présentée ne saurait justifier l'atteinte aux droits constitutionnels des personnes atteintes de surdité.

91

The respondents also contend that recognition of the appellants' claim will have a ripple effect throughout the health care field, forcing governments to spend precious health care dollars accom-

Les intimés prétendent également que les effets de la reconnaissance de la prétention des appelants se répercuteront dans l'ensemble du domaine des soins de santé, for ant les gouvernements   d pen-

modating the needs of myriad disadvantaged persons. “Virtually everyone in the health care system who is denied a service”, they submit, “will either be medically disadvantaged or could argue that a medical disadvantage will arise from the lack of service.” Similarly, in his concurring opinion in the Court of Appeal, Lambert J.A. observed that many of the medical services and products required by the disabled are not publicly funded. In these circumstances, he asserted, governments must have the freedom to allocate scarce health care dollars among various disadvantaged groups.

These arguments miss the mark. If effective communication is integrally connected with the provision of health care — a point that Lambert J.A. accepted — then the fact that there are number of medical services that benefit disabled persons that are not covered by medicare is immaterial. The appellants do not demand that the government provide them with a discrete service or product, such as hearing aids, that will help alleviate their general disadvantage. Their claim is not for a benefit that the government, in the exercise of its discretion to allocate resources to address various social problems, has chosen not to provide. On the contrary, they ask only for equal access to services that are available to all. The respondents have presented no evidence that this type of accommodation, if extended to other government services, will unduly strain the fiscal resources of the state. To deny the appellants’ claim on such conjectural grounds, in my view, would denude s. 15(1) of its egalitarian promise and render the disabled’s goal of a barrier-free society distressingly remote.

Viewed in this light, it is impossible to characterize the government’s decision not to fund sign language interpretation as one which “reasonably balances the competing social demands which our

ser de précieux crédits affectés à la santé pour satisfaire aux besoins d’une myriade de personnes défavorisées. [TRADUCTION] «Pratiquement tout un chacun qui se voit refuser un service dans le cadre du régime des soins de santé», d’affirmer les intimés, «sera défavorisé sur le plan médical ou pourrait prétendre qu’un tel désavantage résultera de l’absence de service.» De même, le juge Lambert, dans son opinion concordante en Cour d’appel, a souligné que bien des services et produits médicaux dont les personnes handicapées ont besoin ne sont pas payés sur les deniers publics. Dans ces circonstances, a-t-il affirmé, les gouvernements doivent être libres de répartir les maigres ressources du système de santé entre les divers groupes défavorisés.

Ces arguments manquent la cible. Si des communications efficaces sont une partie intégrante de la prestation des soins de santé — ce qu’a accepté le juge Lambert — alors le fait que bon nombre de services médicaux dont bénéficient les personnes handicapées ne soient pas couverts par l’assurance-maladie n’a aucune importance. Les appelants ne demandent pas au gouvernement de leur fournir un service ou produit distinct, telles des prothèses auditives, qui aidera à atténuer leur désavantage général. Ils ne revendiquent pas un avantage que le gouvernement, en exerçant son pouvoir discrétionnaire d’affecter des ressources pour lutter contre divers problèmes sociaux, a choisi de ne pas fournir. Au contraire, ils ne réclament que l’égalité d’accès à des services qui sont disponibles à tous. Les intimés n’ont présenté aucune preuve que ce type d’accommodement, s’il était étendu à d’autres services gouvernementaux, grèverait de manière excessive le budget de l’État. À mon avis, rejeter la prétention des appelants pour des motifs aussi conjecturaux reviendrait à dépouiller le par. 15(1) de sa promesse d’égalité et à repousser à une date désespérément éloignée la réalisation de l’objectif auquel aspirent les personnes atteintes de surdité, savoir une société sans obstacles.

Sous cet éclairage, il est impossible d’affirmer que la décision du gouvernement de ne pas financer l’interprétation gestuelle «établit [. . .] un équilibre raisonnable entre les revendications sociales

society must address”; see *McKinney, supra*, p. 314. It should be recalled that the Ministry of Health decided not to fund the interpretation program even in part. Other options, such as the partial or interim funding of the program offered by the Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, or the institution of a scheme requiring users to pay either a portion of the cost of interpreters or the full amount if they could afford to do so, were either not considered or were considered and rejected. In this sense, the present case is similar to *Tétreault-Gadoury, supra*, where the Court found that the denial of unemployment insurance benefits to persons over 65 violated s. 15(1) and could not be saved under s. 1 of the *Charter*. Writing for the Court, I found that one of the reasons that this denial failed the minimal impairment test was that persons over 65 were not entitled to any benefits. “Even allowing the government a healthy measure of flexibility in legislating in this area”, I stated, at p. 47, “the complete denial of unemployment benefits is not an acceptable method of achieving any of the government objectives set forth above. . . .” That being said, I do not wish to be understood as intimating that the alternative measures I have adverted to would survive s. 1 scrutiny. I refer to them solely for the purpose of demonstrating that the government did not attempt to institute a scheme that would constitute a lesser limitation on deaf persons’ rights.

concurrentes auxquelles doit s’attaquer notre société»; voir *McKinney*, précité, p. 314. Il ne faut pas oublier que le ministère de la Santé a décidé de ne pas même financer partiellement le programme d’interprétation. D’autres solutions telles que le financement partiel ou provisoire du programme offert par le Western Institute for the Deaf and Hard of Hearing, ou la mise en place d’un régime obligeant les usagers qui en ont les moyens à payer tout ou partie du coût des interprètes n’ont pas été examinées ou, si elles l’ont été, ont été rejetées. En ce sens, la présente espèce est analogue à l’affaire *Tétreault-Gadoury*, précitée, où la Cour a décidé que le refus des prestations d’assurance-chômage aux personnes de plus de 65 ans portait atteinte au par. 15(1) et n’était pas justifié conformément à l’article premier de la *Charte*. Au nom de la Cour, j’ai conclu qu’une des raisons pour lesquelles ce refus ne satisfaisait pas au critère de l’atteinte minimale était que les personnes de plus de 65 ans n’avaient droit à aucune prestation. «Tout en reconnaissant au gouvernement la possibilité de jouir d’une large souplesse pour légiférer dans ce domaine», ai-je dit, à la p. 47, «je suis d’avis qu’interdire complètement l’accès aux prestations d’assurance-chômage ne constitue pas une méthode acceptable pour atteindre l’un quelconque des objectifs énoncés précédemment. . . » Cela dit, je ne veux pas que mes propos soient interprétés comme une indication que les autres solutions dont j’ai fait état résisteraient à un examen fondé sur l’article premier. Je n’en fais mention que pour montrer que le gouvernement n’a pas essayé d’instaurer un régime qui constituerait une restriction moins grave des droits des personnes atteintes de surdité.

94

In summary, I am of the view that the failure to fund sign language interpretation is not a “minimal impairment” of the s. 15(1) rights of deaf persons to equal benefit of the law without discrimination on the basis of their physical disability. The evidence clearly demonstrates that, as a class, deaf persons receive medical services that are inferior to those received by the hearing population. Given the central place of good health in the quality of life of all persons in our society, the provision of substandard medical services to the deaf necessa-

Bref, je suis d’avis que le fait de ne pas financer l’interprétation gestuelle n’est pas une «atteinte minimale» au droit des personnes atteintes de surdité à l’égalité de bénéfice de la loi qui leur est garanti par le par. 15(1) indépendamment de toute discrimination fondée sur leur déficience physique. La preuve établit clairement que, en tant que groupe, les personnes atteintes de surdité reçoivent des services médicaux inférieurs à ceux reçus par les entendants. Comme la santé est un aspect central de la qualité de vie de tous les citoyens, la

rily diminishes the overall quality of their lives. The government has simply not demonstrated that this unpropitious state of affairs must be tolerated in order to achieve the objective of limiting health care expenditures. Stated differently, the government has not made a “reasonable accommodation” of the appellants’ disability. In the language of this Courts’ human rights jurisprudence, it has not accommodated the appellants’ needs to the point of “undue hardship”; see *Simpsons-Sears, supra*, and *Central Alberta Dairy Pool, supra*.

Remedy

I have found that where sign language interpreters are necessary for effective communication in the delivery of medical services, the failure to provide them constitutes a denial of s. 15(1) of the *Charter* and is not a reasonable limit under s. 1. Section 24(1) of the *Charter* provides that anyone whose rights under the *Charter* have been infringed or denied may obtain “such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. In the present case, the appropriate and just remedy is to grant a declaration that this failure is unconstitutional and to direct the government of British Columbia to administer the *Medical and Health Care Services Act* (now the *Medicare Protection Act*) and the *Hospital Insurance Act* in a manner consistent with the requirements of s. 15(1) as I have described them.

A declaration, as opposed to some kind of injunctive relief, is the appropriate remedy in this case because there are myriad options available to the government that may rectify the unconstitutionality of the current system. It is not this Court’s role to dictate how this is to be accomplished. Although it is to be assumed that the government will move swiftly to correct the unconstitutionality of the present scheme and comply with this

prestation de services médicaux de qualité inférieure aux personnes atteintes de surdité réduit nécessairement leur qualité de vie globale. Le gouvernement n’a tout simplement pas démontré que cet état de choses défavorable doit être toléré afin de réaliser l’objectif de limitation des dépenses dans le domaine de la santé. Autrement dit, le gouvernement n’a fait aucun «accommodement raisonnable» pour tenir compte de la déficience des appelants. Pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour en matière de droits de la personne, il n’a pas pris, à l’égard de leurs besoins, des mesures d’accommodement au point d’en subir des «contraintes excessives»; voir *Simpsons-Sears*, et *Central Alberta Dairy Pool*, précités.

La réparation

J’ai conclu que, dans les cas où la présence d’interprètes gestuels est nécessaire à l’efficacité des communications dans la prestation des services médicaux, l’omission de fournir de tels interprètes constitue une violation du par. 15(1) de la *Charte* et n’est pas une limite raisonnable au sens de l’article premier. Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, toute personne victime de violation ou de négation des droits qui lui sont garantis par la *Charte* peut obtenir «la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Dans le présent cas, la réparation convenable et juste consiste à déclarer que cette omission est inconstitutionnelle et à ordonner au gouvernement de la Colombie-Britannique d’appliquer la *Medical and Health Care Services Act* (maintenant la *Medicare Protection Act*) et l’*Hospital Insurance Act* d’une manière compatible avec les exigences du par. 15(1), telles que je les ai exposées.

Le jugement déclaratoire, par opposition à l’injonction, est la réparation convenable en l’espèce parce que le gouvernement dispose d’une myriade de solutions susceptibles de remédier à l’inconstitutionnalité du régime actuel. Il n’appartient pas à notre Cour de lui dicter le moyen à prendre. Même s’il faut supposer que le gouvernement agira rapidement afin de corriger l’inconstitutionnalité du régime actuel et de se conformer à la directive de

Court's directive, it is appropriate to suspend the effectiveness of the declaration for six months to enable the government to explore its options and formulate an appropriate response. In fashioning its response, the government should ensure that, after the expiration of six months or any other period of suspension granted by this Court, sign language interpreters will be provided where necessary for effective communication in the delivery of medical services. Moreover, it is presumed that the government will act in good faith by considering not only the role of hospitals in the delivery of medical services but also the involvement of the Medical Services Commission and the Ministry of Health.

Disposition

97

I would allow the appeal. Costs are awarded to the appellants from the respondents throughout. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the definition of "benefits" in s. 1 of the *Medicare Protection Act*, S.B.C. 1992, c. 76, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to include medical interpreter services for the deaf?

No.

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given my response to question 1, it is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 3, 5 and 9 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 180, and the Regulations enacted pursuant to s. 9 of that Act, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by failing to require that hospitals in the Province of British Columbia provide medical interpreter services for the deaf?

No.

notre Cour, il convient de suspendre l'effet du jugement déclaratoire pendant six mois afin de permettre au gouvernement d'examiner les possibilités qui s'offrent à lui et d'élaborer une solution appropriée. Dans l'élaboration de cette solution, il doit veiller à ce que, au terme de ce délai de six mois ou de tout autre délai accordé par notre Cour, les services d'interprètes gestuels soient fournis lorsqu'ils sont nécessaires à l'efficacité des communications dans la prestation des services médicaux. En outre, il est à présumer que le gouvernement agira de bonne foi et prendra en considération non seulement le rôle des hôpitaux dans la prestation des services médicaux, mais également la participation de la commission des services médicaux et du ministère de la Santé de la province.

Le dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Les intimés doivent payer les dépens des appelants dans toutes les instances. Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. La définition du mot «*benefits*» [«*avantages*»] à l'art. 1 de la *Medicare Protection Act*, S.B.C. 1992, ch. 76, porte-t-elle atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'elle n'inclut pas la prestation de services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité?

Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Étant donné ma réponse à la question 1, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les art. 3, 5 et 9 de l'*Hospital Insurance Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 180, et le règlement pris en application de l'art. 9 de cette loi portent-ils atteinte au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'ils n'obligent pas les hôpitaux de la province de la Colombie-Britannique à fournir les services d'interprètes médicaux aux personnes atteintes de surdité?

Non.

4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Given my response to question 3, it is not necessary to answer this question.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Heenan, Blaikie, Vancouver.

Solicitor for the respondents: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Disabled Women's Network Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitor for the interveners the Canadian Association of the Deaf, the Canadian Hearing Society and the Council of Canadians with Disabilities: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, s'agit-il d'une atteinte dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Étant donné ma réponse à la question 3, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Heenan, Blaikie, Vancouver.

Procureur des intimés: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

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

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Le procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada: Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Charter Committee on Poverty Issues: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureur des intervenants l'Association des sourds du Canada, la Société canadienne de l'ouïe et le Conseil des Canadiens avec déficiences: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

David Anthony Lawes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LAWES

File No.: 25556.

1997: October 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Rebuttal evidence — Trial judge properly exercised his discretion in permitting rebuttal evidence — Curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable if part of rebuttal evidence improperly admitted.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 44 Alta. L.R. (3d) 25, 187 A.R. 321, 127 W.A.C. 321, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Terence C. Semenuk, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — We are in substantial agreement with the majority of the Court of Appeal.

² The rebuttal evidence introduced by the Crown relating to O.H. was properly admitted. It went to the context and the essential fabric of the alibi defence. The Crown could not have known in

David Anthony Lawes *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LAWES

N° du greffe: 25556.

1997: 10 octobre.

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

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

Droit criminel — Preuve — Contre-preuve — Pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la présentation de la contre-preuve exercé régulièrement — Dispositions réparatrices de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel applicables si une partie de la contre-preuve a été admise irrégulièrement.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 44 Alta. L.R. (3d) 25, 187 A.R. 321, 127 W.A.C. 321, qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour meurtre au second degré. Pourvoi rejeté.

Terence C. Semenuk, pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes d'accord pour l'essentiel avec la décision de la majorité de la Cour d'appel.

La contre-preuve produite par le ministère public relativement à O.H. a à bon droit été admise. Elle portait sur le contexte et l'essence même de la défense d'alibi. Le ministère public ne

advance either that the appellant would testify or the testimony he would give. The rebuttal evidence was clearly relevant to an issue raised in the defence. The discretion of the trial judge to permit the rebuttal evidence was not improperly exercised in those circumstances.

Even if the second prong of the rebuttal evidence was improperly admitted it did not appear to influence the reasons of the trial judge. The evidence against the appellant was overwhelming. In the circumstances it is appropriate to apply the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) and the appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Singleton Urquhart Scott, Calgary.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Calgary.

pouvait pas savoir à l'avance que l'appellant témoignerait ni ce qu'il dirait sans sa déposition. La contre-preuve était clairement pertinente à l'égard de la question soulevée dans la défense. Vu les circonstances, le juge du procès n'a pas exercé irrégulièrement le pouvoir discrétionnaire qu'il avait d'admettre la contre-preuve.

Même si le second volet de la contre-preuve a à tort été admis, cette preuve ne semble pas avoir influencé les motifs du juge du procès. La preuve contre l'appellant était accablante. Dans les circonstances, il convient d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii), et le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Singleton Urquhart Scott, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice de l'Alberta, Calgary.

Eddy Solomon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SOLOMON

File No.: 25515.

1997: October 10.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence — Telephone conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 1789, 139 D.L.R. (4th) 625, 110 C.C.C. (3d) 354, [1996] Q.J. No. 2131 (QL), setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jean Villeneuve, for the appellant.

Yves Briand and *Gaétan Plouffe*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ IACOBUCCI J. — We are all of the view that this appeal as of right should be dismissed.

² Assuming that there was an infringement of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, in view of the circumstances of this case, the three telephone calls from Quebec were admissible under s. 24(2) of the *Charter*.

Eddy Solomon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. SOLOMON

N^o du greffe: 25515.

1997: 10 octobre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve — Conversations téléphoniques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 1789, 139 D.L.R. (4th) 625, 110 C.C.C. (3d) 354, [1996] A.Q. n^o 2131 (QL), qui a annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jean Villeneuve, pour l'appelant.

Yves Briand et *Gaétan Plouffe*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi de plein droit doit être rejeté.

En présumant qu'il y a eu une violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, vu les circonstances de cette affaire, les trois appels téléphoniques provenant du Québec étaient admissibles en vertu du par. 24(2) de la *Charte*.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Shadley & Boro,
Montreal.*

*Procureurs de l'appelant: Shadley & Boro,
Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Yves Briand and
Germain Tremblay, Montreal.*

*Procureurs de l'intimée: Yves Briand et
Germain Tremblay, Montréal.*

Chieu Ly *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LY

File No.: 25746.

1997: October 17.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Telephone conversation — Admissibility — Telephone conversation not hearsay and therefore admissible.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 193 A.R. 149, 135 W.A.C. 149, [1996] A.J. No. 1089 (QL), allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal of possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed.

Sid M. Tarrabain and Walter Raponi, for the appellant.

Don R. Beardall and Larry R. A. Ackerl, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ MCLACHLIN J. — This is an appeal as of right. The only point on appeal is the admissibility of a telephone conversation between an unidentified person and a police officer, in which an unidentified person made arrangements to deliver drugs to a police officer at a certain time and place.

² The appellant argues that the telephone conversation was properly rejected by the trial judge

Chieu Ly *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LY

N° du greffe: 25746.

1997: 17 octobre.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit criminel — Preuve — Conversation téléphonique — Admissibilité — La conversation téléphonique ne constituait pas du ouï-dire et était donc admissible.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 193 A.R. 149, 135 W.A.C. 149, [1996] A.J. No. 1089 (QL), qui a accueilli l'appel du ministère public de l'acquittement de l'accusé relativement à l'accusation de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté.

Sid M. Tarrabain et Walter Raponi, pour l'appelant.

Don R. Beardall et Larry R. A. Ackerl, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCLACHLIN — Il s'agit d'un appel de plein droit. La seule question en litige dans le présent pourvoi est l'admissibilité d'une conversation téléphonique entre un policier et une personne non identifiée, conversation au cours de laquelle cette personne a pris des dispositions pour livrer des stupéfiants au policier à une heure et à un lieu déterminés.

L'appelant prétend que le juge du procès a eu raison de rejeter la conversation téléphonique pour

because it is hearsay and does not fall within any of the exceptions to the hearsay rule.

We are all of the view that the appeal should be dismissed and the Court of Appeal's order for a new trial confirmed. The telephone conversation was admissible. It was a statement of intention, or a statement tendered to establish the alleged drug transaction, and hence not tendered for the truth of its contents. Accordingly, it was not hearsay. The telephone conversation is merely one of the circumstances which, combined with others, may suffice to establish that the appellant, when he appeared at the designated time and place, in possession of the drugs, did so for the purpose of trafficking. Any frailties in relation to the connection between the appellant and the telephone conversation go to weight and not admissibility.

The appeal is dismissed and the order for a new trial confirmed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Tarrabain & Company, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Canada, Edmonton.

le motif que celle-ci constituait du ouï-dire et ne relevait d'aucune des exceptions à la règle du ouï-dire.

Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté et que l'ordonnance de la Cour d'appel intimant la tenue d'un nouveau procès doit être confirmée. La conversation téléphonique était admissible. Il s'agissait d'une déclaration d'intention ou d'une déclaration produite non pas pour la véracité de son contenu mais pour établir le fait de la transaction de stupéfiant alléguée. Par conséquent, elle ne constituait pas du ouï-dire. La conversation téléphonique est simplement une des circonstances qui, conjuguées à d'autres, pourraient suffire pour établir que, lorsqu'il s'est présenté, en possession des stupéfiants, à l'endroit et à l'heure fixés, l'appelant l'a fait en vue de faire le trafic de ces substances. Si le lien entre l'appelant et la conversation téléphonique est fragile à quelque égard, c'est du point de vue du poids qui doit être accordé à l'élément de preuve et non de son admissibilité.

Le pourvoi est rejeté et l'ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Tarrabain & Company, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Canada, Edmonton.

3

4

Hopeton Allen *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ALLEN

File No.: 25549.

1997: October 17.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay not occasioned by scarcity of judicial resources — Whether stay of proceedings appropriate.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 92 O.A.C. 345, 110 C.C.C. (3d) 331, 1 C.R. (5th) 347, [1996] O.J. 3175, allowing an appeal from a judgment of Ferguson J. granting a stay of proceedings. Appeal dismissed.

Peter Rosenthal and Charles C. Roach, for the appellant.

David Butt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — We agree with the reasons of Doherty J.A. (1996), 92 O.A.C. 345, in the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

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

Hopeton Allen *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ALLEN

N° du greffe: 25549.

1997: 17 octobre.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai non causé par une pénurie de ressources judiciaires — L'arrêt des procédures est-il une réparation convenable?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 92 O.A.C. 345, 110 C.C.C. (3d) 331, 1 C.R. (5th) 347, [1996] O.J. 3175, qui a accueilli l'appel formé contre une décision du juge Ferguson accordant un arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

Peter Rosenthal et Charles C. Roach, pour l'appelant.

David Butt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Nous sommes d'accord avec les motifs exposés par le juge Doherty de la Cour d'appel (1996), 92 O.A.C. 345. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Roach, Schwartz & Associates, Toronto.

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

Jack Wallace *Appellant*

v.

United Grain Growers Limited *Respondent*

INDEXED AS: WALLACE v. UNITED GRAIN GROWERS LTD.

File No.: 24986.

1997: May 22; 1997: October 30.

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
MANITOBA*Bankruptcy — Property of bankrupt — Salary, wages or other remuneration — Undischarged bankrupt bringing action for wrongful dismissal — Whether damages for wrongful dismissal included in “salary, wages or other remuneration” — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 68(1).**Civil procedure — Wrongful dismissal — Undischarged bankrupt seeking damages for wrongful dismissal — Whether undischarged bankrupt can bring action for wrongful dismissal in his own name.**Employment law — Wrongful dismissal — Employee summarily discharged seeking damages for wrongful dismissal — Trial judge awarding employee damages based on 24-month notice period and aggravated damages — Whether Court of Appeal erred in reducing reasonable notice period to 15 months — Whether Court of Appeal erred in overturning aggravated damages award — Whether action can be brought for “bad faith discharge” — Whether employee entitled to punitive damages.*

In 1972 a printing company wholly owned by the respondent decided to update its operations and seek a larger volume of commercial printing work. The appellant, W, met L, the marketing manager of the company's publishing and printing divisions, to discuss the possibility of employment. W had the type of experience L sought, having worked approximately 25 years for a competitor that used a particular type of press. W

Jack Wallace *Appellant*

c.

United Grain Growers Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ: WALLACE c. UNITED GRAIN GROWERS LTD.

N° du greffe: 24986.

1997: 22 mai; 1997: 30 octobre.

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 MANITOBA

*Faillite — Biens d'un failli — Traitement, salaire ou autre rémunération — Action pour congédiement injustifié intentée par un failli non libéré — Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié constituent-ils un traitement, un salaire ou une autre rémunération? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 68(1).**Procédure civile — Congédiement injustifié — Failli non libéré réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Un failli non libéré peut-il intenter en son propre nom une action pour congédiement injustifié?**Employeur et employé — Congédiement injustifié — Employé congédié sommairement réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Juge de première instance accordant à l'employé des dommages-intérêts fondés sur un préavis de 24 mois et des dommages-intérêts majorés — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant à 15 mois la période de préavis raisonnable? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant l'attribution de dommages-intérêts majorés? — Est-il possible d'intenter une action pour «renvoi de mauvaise foi»? — L'employé a-t-il droit à des dommages-intérêts punitifs?*

En 1972, une imprimerie appartenant exclusivement à l'intimée a décidé de mettre à jour ses opérations et d'essayer d'accroître le volume de ses travaux d'impression commerciale. L'appellant W a rencontré L, le directeur du marketing des divisions de l'édition et de l'impression de la compagnie, afin de discuter de son embauche éventuelle. W possédait le genre d'expérience que L recherchait, car il travaillait depuis environ 25 ans

explained to L that as he was 45 years of age, if he were to leave his current employer he would require a guarantee of job security. He also sought several assurances from L regarding fair treatment and remuneration. He received such assurances and was told by L that if he performed as expected, he could continue to work for the company until retirement. W was hired and enjoyed great success at the company; he was the top salesperson for each of the years he spent in its employ. In 1986 he was summarily discharged without explanation. W issued a statement of claim alleging wrongful dismissal. In its statement of defence, the respondent alleged that W had been dismissed for cause. This allegation was maintained until the trial commenced. The termination of W's employment and the allegations of cause created emotional difficulties for him and he was forced to seek psychiatric help. His attempts to find similar employment were largely unsuccessful. Prior to his dismissal, W made a voluntary assignment into personal bankruptcy, and remained an undischarged bankrupt when he commenced his action against the respondent. The trial judge struck out his claim for damages for breach of contract, holding that a claim for damages for wrongful dismissal based on lack of notice vests in the trustee in bankruptcy, and concluded that the action in that regard was a nullity from the outset. W's attempt to appeal the trial judge's ruling was stayed by the Court of Appeal pending completion of the trial. The trial resumed and subject to the outcome of the appeal on the bankruptcy issue, W was awarded damages for wrongful dismissal based on a 24-month notice period and \$15,000 in aggravated damages resulting from mental distress in both tort and contract. The trial judge refused to award punitive damages. The Court of Appeal reversed the trial judge's findings with respect to W's capacity to maintain an action for breach of contract, concluding that W had the right to continue his action for wrongful dismissal in his own name in the absence of the trustee. It also allowed the respondent's cross-appeal. It reduced the reasonable notice period to 15 months, on the basis that the trial judge may have allowed an element of aggravated damages to creep into his assessment and that recent awards in such cases had been getting too high, and overturned the award of aggravated damages.

pour un concurrent qui utilisait un type de presse particulier. W a expliqué à L que, comme il était âgé de 45 ans, s'il devait quitter l'emploi qu'il occupait alors, il exigerait une garantie de sécurité d'emploi. Il a aussi tenté d'obtenir de L plusieurs garanties de traitement et de rémunération équitables. Il a obtenu ces garanties et L lui a dit que, s'il fournissait le rendement escompté, il pourrait continuer de travailler pour la compagnie jusqu'à sa retraite. W a été embauché et il a obtenu beaucoup de succès au sein de la compagnie; il a été le meilleur vendeur durant chacune des années où il a occupé son poste. En 1986, il a été congédié sommairement sans explication. W a présenté une déclaration dans laquelle il alléguait avoir été congédié de façon injustifiée. Dans sa défense, l'intimée a soutenu que le congédiement de W était justifié. Cette allégation a été maintenue jusqu'à l'ouverture du procès. La cessation de son emploi et les allégations de motif déterminé ont engendré chez W des problèmes émotifs qui l'ont forcé à demander de l'aide psychiatrique. Ses tentatives de trouver un emploi similaire ont été vaines dans une large mesure. Avant son congédiement, W a fait une cession volontaire de ses biens et il était toujours un failli non libéré lorsqu'il a intenté son action contre l'intimée. Le juge de première instance a radié sa demande de dommages-intérêts pour rupture de contrat, en concluant qu'il appartient au syndic de faillite de présenter une demande de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, fondée sur l'absence de préavis, et il a statué qu'à cet égard l'action était nulle depuis le début. W a tenté d'interjeter appel de cette décision, mais la Cour d'appel a suspendu l'appel jusqu'à la fin du procès. Le procès a repris et, sous réserve de l'issue de l'appel sur la question de la faillite, W a obtenu des dommages-intérêts pour congédiement injustifié qui étaient fondés sur une période de préavis de 24 mois, ainsi qu'une indemnité de 15 000 \$ à titre de dommages-intérêts majorés pour souffrances morales, fondés sur la responsabilité tant délictuelle que contractuelle. Le juge de première instance a refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs. La Cour d'appel a infirmé les conclusions du juge de première instance relativement à la capacité de W d'intenter une action pour rupture de contrat, concluant que W avait le droit de continuer, en son propre nom, son action pour congédiement injustifié en l'absence du syndic. Elle a également accueilli l'appel incident de l'intimée. Elle a ramené la période de préavis raisonnable à 15 mois, pour le motif que le juge de première instance avait pu laisser un élément de dommages-intérêts majorés se glisser dans son évaluation et que les dommages-intérêts accordés récemment dans ce type de cas devenaient trop élevés, et elle a écarté l'attribution de dommages-intérêts majorés.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part and the cross-appeal dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: W can maintain an action for wrongful dismissal in his own name. While under the *Bankruptcy Act*, an undischarged bankrupt has no capacity to deal with his or her property and no distinction is made with respect to whether that property was acquired before or after the assignment in bankruptcy, s. 68(1) carves out an exception to this general rule where the property in question can be characterized as "salary, wages or other remuneration". To remain true to the spirit of the Act, this exception must include an award of damages for wrongful dismissal. The measure of such damages is the salary that the employee would have earned had the employee worked during the period of notice to which he or she was entitled. The fact that this sum is awarded as damages at trial in no way alters the fundamental character of the money. Several courts have interpreted the phrase "salary, wages or other remuneration" broadly. The public policy considerations that inform the section offer further support for interpreting it broadly.

The trial judge's award of damages in the amount of 24 months' salary in lieu of notice should be restored. In light of W's advanced age, his 14-year tenure as the company's top salesman and his limited prospects for re-employment, a lengthy period of notice is warranted. Another factor to be considered is whether the dismissed employee was induced to leave previous secure employment. Although the trial judge did not make specific reference to the inducement factor in his analysis of reasonable notice, in the circumstances of this case the inducements made, in particular the guarantee of job security, are factors which support his decision to award damages at the high end of the scale.

Bad faith conduct in the manner of dismissal is another factor that is properly compensated for by an addition to the notice period. The contract of employment has many characteristics that set it apart from the ordinary commercial contract. Individual employees on the whole lack both the bargaining power and the information necessary to achieve more favourable contract provisions than those offered by the employer, particularly with regard to tenure. This power imbalance is not limited to the employment contract itself, but informs

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents en partie quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: W peut intenter, en son propre nom, une action pour congédiement injustifié. Bien que, en vertu de la Loi sur la faillite, le failli non libéré n'ait pas la capacité d'aliéner ses biens, et qu'aucune distinction ne soit établie quant à savoir si ces biens ont été acquis avant ou après la cession de ses biens, le par. 68(1) prévoit une exception à cette règle générale lorsque les biens en question peuvent être qualifiés de «traitement, salaire ou autre rémunération». Pour respecter l'esprit de la Loi, cette exception doit comprendre des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. Ces dommages-intérêts correspondent au traitement que l'employé aurait touché s'il avait travaillé durant la période de préavis à laquelle il avait droit. Le fait que cette somme soit accordée à titre de dommages-intérêts au procès ne change rien à la nature fondamentale des fonds. Plusieurs tribunaux ont interprété de façon libérale l'expression «traitement, salaire ou autre rémunération». Les considérations d'ordre public qui sont à la base de cette disposition incitent davantage à lui donner une interprétation libérale.

Il y a lieu de rétablir l'indemnité de 24 mois de salaire tenant lieu de préavis que le juge de première instance a accordée à titre de dommages-intérêts. Compte tenu de l'âge avancé de W, de ses 14 années d'ancienneté comme meilleur vendeur de la compagnie et de ses perspectives limitées de réemploi, une longue période de préavis est justifiée. Un autre facteur à examiner est de savoir si l'employé congédié a été incité à quitter un emploi antérieur stable. Bien que le juge de première instance n'ait pas mentionné expressément le facteur de l'incitation dans son analyse du préavis raisonnable, dans les circonstances de la présente affaire, ces incitations, notamment la garantie de sécurité d'emploi, sont des facteurs qui étayaient sa décision d'accorder un montant maximal de dommages-intérêts.

La conduite de mauvaise foi dans la façon de congédier est un autre facteur qui est compensé adéquatement par un ajout à la période de préavis. Le contrat de travail comporte de nombreuses caractéristiques qui le distinguent du contrat commercial ordinaire. D'une manière générale, les employés, pris individuellement, n'ont ni le pouvoir de négociation ni les renseignements nécessaires pour obtenir dans leurs contrats des conditions plus avantageuses que celles offertes par l'employeur, surtout relativement à la permanence. Cette inégalité de

virtually all facets of the employment relationship. The point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence most in need of protection. In recognition of this need, the law ought to encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal) that result from dismissal. To ensure that employees receive adequate protection, employers ought to be held to an obligation of good faith and fair dealing in the manner of dismissal, breach of which will be compensated for by adding to the length of the notice period. While the obligation of good faith and fair dealing is incapable of precise definition, at a minimum in the course of dismissal employers ought to be candid, reasonable, honest and forthright with their employees and should refrain from engaging in conduct that is unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive.

While a dismissed employee is not entitled to compensation for injuries flowing from the fact of the dismissal itself, where an employee can establish that an employer engaged in bad faith conduct or unfair dealing in the course of dismissal, injuries such as humiliation, embarrassment and damage to one's sense of self-worth and self-esteem might all be worthy of compensation depending upon the circumstances of the case. Often the intangible injuries caused by bad faith conduct or unfair dealing on dismissal will lead to difficulties in finding alternative employment, a tangible loss which the Court of Appeal rightly recognized as warranting an addition to the notice period. However, the intangible injuries are sufficient to merit compensation in and of themselves. Bad faith conduct which affects employment prospects may be worthy of considerably more compensation than that which does not, but in both cases damage has resulted that should be compensable. The trial judge documented several examples of bad faith conduct on the part of the respondent. While the award of the equivalent of 24 months' salary in lieu of notice is at the high end of the scale, it is not unreasonable when all the relevant factors are taken into account and there is accordingly no reason to interfere.

There is no reason to interfere with the conclusion of the courts below that there was insufficient evidence to

pouvoir n'est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais elle sous-tend presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé. Le moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection. Pour reconnaître ce besoin, le droit devrait encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) qui résultent d'un congédiement. Pour que les employés puissent bénéficier d'une protection adéquate, les employeurs devraient assumer une obligation de bonne foi et de traitement équitable dans le mode de congédiement, de sorte que tout manquement à cette obligation serait compensé par une prolongation de la période de préavis. Même s'il n'est pas possible de définir exactement l'obligation de bonne foi et de traitement équitable, les employeurs doivent, tout au moins dans le cadre d'un congédiement, être francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés et éviter de se comporter de façon inéquitable ou de faire preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteurs, trompeurs ou trop implacables.

Bien que l'employé congédié n'ait pas droit à l'indemnisation des préjudices découlant du congédiement lui-même, lorsqu'un employé peut établir qu'un employeur a eu un comportement de mauvaise foi ou l'a traité de façon inéquitable en le congédiant, les préjudices tels que l'humiliation, l'embarras et la perte d'estime de soi et de conscience de sa propre valeur peuvent tous ouvrir droit à indemnisation selon les circonstances de l'affaire. Souvent les préjudices immatériels découlant des actes de mauvaise foi ou de traitement inéquitable accomplis lors d'un congédiement ont pour effet de compliquer la recherche d'un autre emploi; c'est là une perte matérielle que la Cour d'appel a, à juste titre, reconnue comme justifiant un ajout à la période de préavis. Cependant, les préjudices immatériels sont suffisants en soi pour donner droit à une indemnisation. La conduite de mauvaise foi qui influe sur les perspectives d'emploi peut justifier une indemnisation beaucoup plus élevée que celle qui n'a pas cet effet, mais dans les deux cas, il en résulte un préjudice qui devrait donner lieu à indemnisation. Le juge de première instance a cité plusieurs exemples de comportement de mauvaise foi de la part de l'intimée. Même si l'attribution de l'équivalent de 24 mois de salaire pour tenir lieu de préavis représente une indemnité maximale, cette somme n'est pas déraisonnable compte tenu de tous les facteurs pertinents, et il n'y a donc aucune raison d'intervenir.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle il n'y avait

support W's claim that he had a fixed-term contract for employment until retirement.

With respect to damages for mental distress, the Court of Appeal was correct in concluding that there was insufficient evidence to support a finding that the respondent's actions constituted a separate actionable wrong either in tort or in contract. In circumstances where the manner of dismissal has caused mental distress but falls short of an independent actionable wrong, however, the employee is not without recourse. The trial judge has discretion in such circumstances to extend the period of reasonable notice to which an employee is entitled.

W is unable to sue in either tort or contract for "bad faith discharge". The Court should not imply into the employment contract a term that the employee would not be fired except for cause or legitimate business reasons. The law has long recognized the mutual right of both employers and employees to terminate an employment contract at any time provided there are no express provisions to the contrary. A requirement of "good faith" reasons for dismissal would be overly intrusive and inconsistent with established principles of employment law. Similarly, the tort of breach of a good faith and fair dealing obligation with regard to dismissals has not yet been recognized by Canadian courts. Such radical shifts in the law are better left to the legislatures.

The courts below were correct in finding that there is no foundation for an award of punitive damages.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting in part on the appeal): W's action was not precluded by his bankruptcy. Damages in lieu of reasonable notice constitute "salary, wages or other remuneration" for the purposes of bankruptcy legislation and hence are recoverable. Moreover, damages for breach of the implied obligation of good faith are recoverable because of the personal nature of the cause of action.

To determine the period of reasonable notice in a wrongful dismissal action, the court examines the char-

pas assez d'éléments de preuve à l'appui de la prétention de W qu'il avait conclu un contrat de travail à durée déterminée jusqu'à sa retraite.

Quant aux dommages-intérêts pour souffrances morales, la Cour d'appel a eu raison de statuer qu'il n'y avait pas assez d'éléments de preuve pour conclure que les actes de l'intimée constituaient une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action fondé sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle. Dans les cas où le mode de congédiement a causé des souffrances morales, sans constituer une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action, l'employé n'est cependant pas dépourvu de tout recours. Dans ces circonstances, le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire de prolonger la période de préavis raisonnable auquel un employé a droit.

W ne peut pas tenter des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle pour «renvoi de mauvaise foi». La Cour ne devrait pas considérer que le contrat de travail comporte une condition implicite voulant que l'employé ne puisse être congédié que de façon justifiée ou pour des raisons commerciales légitimes. La loi reconnaît depuis longtemps le droit réciproque de l'employeur et de l'employé de mettre fin au contrat de travail en tout temps pourvu qu'il n'y ait pas de dispositions expresses contraires. L'obligation d'avoir des motifs de «bonne foi» de congédier serait trop envahissante et incompatible avec les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé. De même, les tribunaux canadiens n'ont pas encore reconnu l'existence d'un délit civil du manquement à une obligation de bonne foi et de traitement équitable en matière de congédiement. Il est préférable de laisser au législateur le soin de procéder à une modification aussi radicale du droit.

Les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison de conclure que rien ne justifie l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidents en partie quant au pourvoi principal): La faillite de W ne fait pas obstacle à l'action qu'il a intentée. Les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable constituent un «traitement, [un] salaire ou [une] autre rémunération» aux fins de la loi en matière de faillite et peuvent donc être réclamés. De plus, les dommages-intérêts accordés pour manquement à l'obligation implicite d'agir de bonne foi peuvent être réclamés en raison de la nature personnelle de la cause d'action.

Pour déterminer la période de préavis raisonnable dans une action pour congédiement injustifié, la cour

acteristics of the particular employment relationship relevant to the employee's prospects of finding a similar position. The manner of dismissal should only be considered where it impacts on the difficulty of finding replacement employment, and absent this connection, damages for the manner of termination must be based on some other cause of action. The fact that some courts in the past have considered factors unrelated to prospects of re-employment in determining the notice period has rendered the law uncertain and unpredictable. To continue on this path would only increase that uncertainty and unpredictability. The law affords other remedies for employer misconduct in the manner of dismissal not affecting prospects of re-employment, and has now developed to the point that to these traditional actions may be added breach of an implied contractual term to act in good faith in dismissing an employee. Recognition of an implied term in the employment contract of good faith in relation to the dismissal of employees is supported by previous decisions, academic commentary and related developments in other areas of contract law. To the extent that recognition of such a term may be seen as a new development, it falls within the scope of the incremental step-by-step revision approved in *Watkins* and *Salituro*.

The trial judge fixed the period of reasonable notice at 24 months on the basis of a careful assessment of W's prospects of re-employment, and there is no reason to interfere in his assessment. The trial judge's award for the damages claimed by W for mental distress and loss of reputation should also be upheld. These are general damages flowing directly from the employer's breach of the implied term of good faith and fair dealing and are therefore compensable.

There is no reason to interfere with the trial judge's conclusion that the respondent did not engage in sufficiently harsh, vindictive, reprehensible and malicious conduct to merit an award representing punitive damages.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *Cohen v. Mitchell* (1890), 25 Q.B.D. 262; *Neilson v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, [1988] 4

examine les caractéristiques de la relation particulière entre l'employeur et l'employé, qui sont pertinentes quant aux chances de l'employé de trouver un emploi similaire. Le mode de congédiement ne devrait être pris en considération que s'il a une incidence sur la difficulté de trouver un autre emploi, et en l'absence d'un tel lien, les dommages-intérêts relatifs au mode de cessation d'emploi doivent reposer sur une autre cause d'action. Le droit est devenu incertain et imprévisible du fait que certains tribunaux ont, dans le passé, tenu compte de facteurs qui n'avaient rien à voir avec les perspectives de réemploi pour déterminer la période de préavis. Persister dans cette voie ne ferait qu'accroître cette incertitude et cette imprévisibilité. Le droit offre d'autres recours relativement au comportement répréhensible qui n'a aucune incidence sur les perspectives de réemploi et que l'employeur a adopté en procédant au congédiement, et il a évolué au point qu'il est maintenant possible d'ajouter à ces actions traditionnelles l'action pour manquement à une obligation contractuelle implicite d'agir de bonne foi en congédiant un employé. La reconnaissance de l'existence, dans le contrat de travail, d'une condition implicite de bonne foi en matière de congédiement d'employés trouve appui dans la jurisprudence, dans la doctrine et dans l'évolution connexe d'autres domaines du droit des contrats. Dans la mesure où la reconnaissance d'une telle condition peut être perçue comme une nouveauté, elle est visée par la refonte progressive du droit approuvée dans les arrêts *Watkins* et *Salituro*.

Le juge de première instance a fixé à 24 mois la période de préavis raisonnable en examinant soigneusement les perspectives de réemploi de W et il n'y a aucune raison de modifier son évaluation. Il y a aussi lieu de confirmer l'attribution par le juge de première instance des dommages-intérêts pour souffrances morales et perte de réputation, réclamés par W. Ce sont des dommages-intérêts généraux qui découlent directement de la violation par l'employeur de son obligation implicite de bonne foi et de traitement équitable, et ils peuvent donc être réclamés.

Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance que l'intimée n'a pas adopté un comportement suffisamment dur, vengeur, répréhensible et malicieux pour justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec les arrêts: *Cohen c. Mitchell* (1890), 25 Q.B.D. 262; *Neilson c. Vancouver Hockey*

- W.W.R. 410, leave to appeal refused, [1988] 2 S.C.R. viii; **not followed:** *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673; *Ansari v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 33; *Wadden v. Guaranty Trust Co. of Canada*, [1987] 2 W.W.R. 739; **referred to:** *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, aff'g (1984), 9 D.L.R. (4th) 40; *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 378; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17; *Ranch des Prairies Ltée v. Bank of Montreal* (1988), 53 Man. R. (2d) 308; *Re Pascoe*, [1944] 1 Ch. 219; *Wyssling (Trustee of) v. Latreille Estate* (1990), 78 C.B.R. (N.S.) 114; *McNamara v. Pagecorp Inc.* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 97; *Long v. Brisson*, [1992] 5 W.W.R. 185; *Bailey v. Thurston & Co.*, [1903] 1 K.B. 137; *Lough v. Digital Equipment of Canada Ltd.* (1986), 57 O.R. (2d) 456; *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64; *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245; *Re Greening* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 24; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1975] 1 W.W.R. 607; *Corbin v. Standard Life Assurance Co.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 71; *Bishop v. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 21 C.C.E.L. (2d) 1; *Jackson v. Makeup Lab Inc.* (1989), 27 C.C.E.L. 317; *Murphy v. Rolland Inc.* (1991), 39 C.C.E.L. 86; *Craig v. Interland Window Mfg. Ltd.* (1993), 47 C.C.E.L. 57; *Makhija v. Lakefield Research* (1983), 14 C.C.E.L. 131, aff'd (1986), 14 C.C.E.L. xxxi; *Mutch v. Norman Wade Co.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 185; *Robertson v. Weavexx Corp.* (1997), 25 C.C.E.L. (2d) 264; *Lojstrup v. British Columbia Buildings Corp.* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 357; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eyers v. City Buick Cadillac Ltd.* (1984), 6 C.C.E.L. 234, rev'd in part (1986), 13 O.A.C. 66; *Jivrag v. City of Calgary* (1986), 13 C.C.E.L. 120, rev'd in part (1987), 18 C.C.E.L. xxx; *Hudson v. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 109; *Hall v. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 101; *Trask v. Terra Nova Motors Ltd.* (1995), 9 C.C.E.L. (2d) 157; *MacDonald v. Royal Canadian Legion* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 211; *Dunning v. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71; *Deildal v. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214; *Gillman v. Saan Stores Ltd.* (1992), 45 C.C.E.L. 9; *McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1965] 2 Q.B. 86; *Bartrop v. Canadian Broad-*
- Club Ltd.*, [1988] 4 W.W.R. 410, autorisation de pourvoi refusée, [1988] 2 R.C.S. viii; **arrêts non suivis:** *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673; *Ansari c. British Columbia Hydro and Power Authority* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 33; *Wadden c. Guaranty Trust Co. of Canada*, [1987] 2 W.W.R. 739; **arrêts mentionnés:** *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, conf. (1984), 9 D.L.R. (4th) 40; *Pilon c. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 378; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17; *Ranch des Prairies Ltée c. Bank of Montreal* (1988), 53 Man. R. (2d) 308; *Re Pascoe*, [1944] 1 Ch. 219; *Wyssling (Trustee of) c. Latreille Estate* (1990), 78 C.B.R. (N.S.) 114; *McNamara c. Pagecorp Inc.* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 97; *Long c. Brisson*, [1992] 5 W.W.R. 185; *Bailey c. Thurston & Co.*, [1903] 1 K.B. 137; *Lough c. Digital Equipment of Canada Ltd.* (1986), 57 O.R. (2d) 456; *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64; *Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245; *Re Greening* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 24; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Gillespie c. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1975] 1 W.W.R. 607; *Corbin c. Standard Life Assurance Co.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 71; *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 21 C.C.E.L. (2d) 1; *Jackson c. Makeup Lab Inc.* (1989), 27 C.C.E.L. 317; *Murphy c. Rolland Inc.* (1991), 39 C.C.E.L. 86; *Craig c. Interland Window Mfg. Ltd.* (1993), 47 C.C.E.L. 57; *Makhija c. Lakefield Research* (1983), 14 C.C.E.L. 131, conf. par (1986), 14 C.C.E.L. xxxi; *Mutch c. Norman Wade Co.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 185; *Robertson c. Weavexx Corp.* (1997), 25 C.C.E.L. (2d) 264; *Lojstrup c. British Columbia Buildings Corp.* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 357; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eyers c. City Buick Cadillac Ltd.* (1984), 6 C.C.E.L. 234, inf. en partie par (1986), 13 O.A.C. 66; *Jivrag c. City of Calgary* (1986), 13 C.C.E.L. 120, inf. en partie par (1987), 18 C.C.E.L. xxx; *Hudson c. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 109; *Hall c. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 101; *Trask c. Terra Nova Motors Ltd.* (1995), 9 C.C.E.L. (2d) 157; *MacDonald c. Royal Canadian Legion* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 211; *Dunning c. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71; *Deildal c. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214; *Gillman c. Saan Stores Ltd.* (1992), 45 C.C.E.L. 9; *McCarey c. Associated*

casting Corp. (1978), 25 N.S.R. (2d) 637, leave to appeal refused, [1978] 1 S.C.R. vi; *Stumpf v. Globe Holdings Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 55.

By McLachlin J. (dissenting in part on the appeal)

Bardal v. Globe & Mail Ltd. (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085; *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, aff'g in part (1982), 37 O.R. (2d) 277; *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, aff'g (1965), 56 D.L.R. (2d) 117; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Deildal v. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214; *Whelan v. Waitaki Meats Ltd.*, [1991] 2 N.Z.L.R. 74; *Ogilvy & Mather (New Zealand) Ltd. v. Turner*, [1994] 1 N.Z.L.R. 641; *Carrick v. Cooper Canada Ltd.* (1983), 2 C.C.E.L. 87; *Bernardin v. Alitalia Air Lines* (1993), 50 C.C.E.L. 156; *Cohnstaedt v. University of Regina*, [1989] 1 S.C.R. 1011; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755, leave to appeal refused, [1985] 2 S.C.R. ix; *Truckers Garage Inc. v. Krell* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 157; *Doyle v. London Life Insurance Co.* (1985), 23 D.L.R. (4th) 443, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. x; *Shiloff v. R.* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 177; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, ss. 2 "property", 67(1) [am. 1992, c. 27, s. 33], 68(1) [rep. & sub. *idem.*, s. 34], 71(2), 99(1).

Authors Cited

Belobaba, Edward P. "Good Faith in Canadian Contract Law", in *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73.
 Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
 England, Geoffrey. "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1995), 20 *Queen's L.J.* 557.

Newspapers Ltd. (No. 2), [1965] 2 Q.B. 86; *Bartrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637, autorisation de pourvoi refusée, [1978] 1 R.C.S. vi; *Stumpf c. Globe Holdings Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 55.

Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie quant au pourvoi principal)

Bardal c. Globe & Mail Ltd. (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085; *Brown c. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113, conf. en partie (1982), 37 O.R. (2d) 277; *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488; *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, conf. (1965), 56 D.L.R. (2d) 117; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Deildal c. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214; *Whelan c. Waitaki Meats Ltd.*, [1991] 2 N.Z.L.R. 74; *Ogilvy & Mather (New Zealand) Ltd. c. Turner*, [1994] 1 N.Z.L.R. 641; *Carrick c. Cooper Canada Ltd.* (1983), 2 C.C.E.L. 87; *Bernardin c. Alitalia Air Lines* (1993), 50 C.C.E.L. 156; *Cohnstaedt c. Université de Regina*, [1989] 1 R.C.S. 1011; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 2 R.C.S. ix; *Truckers Garage Inc. c. Krell* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 157; *Doyle c. London Life Insurance Co.* (1985), 23 D.L.R. (4th) 443, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. x; *Shiloff c. R.* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 177; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17.

Lois et règlements cités

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 2 «biens», 67(1) [mod. 1992, ch. 27, art. 33], 68(1) [abr. & rempl. *idem.*, art. 34], 71(2), 99(1).

Doctrine citée

Belobaba, Edward P. «Good Faith in Canadian Contract Law», in *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73.
 Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. *Employment Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993.
 England, Geoffrey. «Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm» (1995), 20 *Queen's L.J.* 557.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989 (loose-leaf updated 1997, release 4).
Kahn-Freund's Labour and the Law, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
 O'Byrne, Shannon Kathleen. "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70.
 Reiter, B. J. "Good Faith in Contracts" (1983), 17 *Val. U. L. Rev.* 705.
 Schai, Randall B. "Aggravated Damages and the Employment Contract" (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345.
 Swan, John. "Extended Damages and Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia" (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 213.
 Swinton, Katherine. "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 357.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1997.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 102 Man. R. (2d) 161, 93 W.A.C. 161, [1995] 9 W.W.R. 153, 34 C.B.R. (3d) 153, 14 C.C.E.L. (2d) 41, 95 C.L.L.C. ¶210-046, [1995] M.J. No. 344 (QL) and (1995), 107 Man. R. (2d) 227, 109 W.A.C. 227, [1995] M.J. No. 482 (QL), allowing the appeal and cross-appeal from a decision of the Court of Queen's Bench (1993), 87 Man. R. (2d) 161, [1993] 7 W.W.R. 525, 49 C.C.E.L. 71, [1993] M.J. No. 365 (QL), which awarded the appellant damages for wrongful dismissal. Appeal allowed in part, La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Stacey Reginald Ball and George J. Orle, Q.C., for the appellant.

John M. Scurfield, Q.C., and *Richard W. Schwartz*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — This case involves both an appeal and a cross-appeal. The appeal is largely

Harris, David. *Wrongful Dismissal*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1989 (loose-leaf updated 1997, release 4).
Kahn-Freund's Labour and the Law, 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
 O'Byrne, Shannon Kathleen. «Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments» (1995), 74 *R. du B. can.* 70.
 Reiter, B. J. «Good Faith in Contracts» (1983), 17 *Val. U. L. Rev.* 705.
 Schai, Randall B. «Aggravated Damages and the Employment Contract» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345.
 Swan, John. «Extended Damages and Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia» (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 213.
 Swinton, Katherine. «Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform». In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 357.
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1997.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 161, 93 W.A.C. 161, [1995] 9 W.W.R. 153, 34 C.B.R. (3d) 153, 14 C.C.E.L. (2d) 41, 95 C.L.L.C. ¶210-046, [1995] M.J. No. 344 (QL) et (1995), 107 Man. R. (2d) 227, 109 W.A.C. 227, [1995] M.J. No. 482 (QL), qui a accueilli l'appel principal et l'appel incident d'une décision de la Cour du Banc de la Reine (1993), 87 Man. R. (2d) 161, [1993] 7 W.W.R. 525, 49 C.C.E.L. 71, [1993] M.J. No. 365 (QL), accordant à l'appelant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Pourvoi principal accueilli en partie, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Stacey Reginald Ball et George J. Orle, c.r., pour l'appelant.

John M. Scurfield, c.r., et *Richard W. Schwartz*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Il est question en l'espèce d'un pourvoi principal et d'un pourvoi inci-

concerned with issues of compensation in a wrongful dismissal action, specifically, the existence of a fixed-term contract, the right to damages for mental distress, whether or not one can sue for "bad faith discharge", and the appropriate length of the period of reasonable notice. The cross-appeal raises an issue of bankruptcy law, namely, whether an undischarged bankrupt can maintain an action for wrongful dismissal in his or her own name.

1. Facts

2 In 1972, Public Press, a wholly owned subsidiary of the respondent, United Grain Growers Ltd. ("UGG"), decided to update its operations and seek a larger volume of commercial printing work. Don Logan was the marketing manager of the company's publishing and printing divisions at that time. For Logan, the key to achieving this increase in volume was to hire someone with an existing record of sales on a specialized piece of equipment known as a "Web" press.

3 In April 1972, the appellant, Jack Wallace, met Logan to discuss the possibility of employment. Wallace had the type of experience that Logan sought, having worked approximately 25 years for a competitor that used the "Web" press. Wallace had become concerned over the unfair manner in which he and others were being treated by their employer. However, he expressed some reservation about jeopardizing his secure position at the company. Wallace explained to Logan that as he was 45 years of age, if he were to leave his current employer he would require a guarantee of job security. He also sought several assurances from Logan regarding fair treatment and remuneration. He received such assurances and was told by Logan that if he performed as expected, he could continue to work for Public Press until retirement.

4 Wallace commenced employment with Public Press in June of 1972. He enjoyed great success at

dent. Le pourvoi principal porte surtout sur des questions d'indemnisation dans une action pour congédiement injustifié, et plus particulièrement sur l'existence d'un contrat à durée déterminée, le droit à des dommages-intérêts pour souffrances morales, la question de savoir s'il est possible de poursuivre pour «renvoi de mauvaise foi», et la période appropriée de préavis raisonnable. Le pourvoi incident soulève une question de droit de la faillite, à savoir si un failli non libéré peut tenter en son propre nom une action pour congédiement injustifié.

1. Les faits

En 1972, Public Press, une filiale en propriété exclusive de l'intimée United Grain Growers Ltd. («UGG»), a décidé de mettre à jour ses opérations et d'essayer d'accroître le volume de ses travaux d'impression commerciale. Don Logan était, à l'époque, directeur du marketing des divisions de l'édition et de l'impression de la compagnie. Selon Logan, pour réussir à accroître ce volume, il fallait embaucher quelqu'un qui était déjà un bon vendeur relativement à un appareil spécialisé désigné sous le nom de presse «rotative».

En avril 1972, l'appelant, Jack Wallace a rencontré Logan afin de discuter de son embauche éventuelle. Wallace possédait le genre d'expérience que Logan recherchait, car il travaillait depuis environ 25 ans pour un concurrent qui utilisait la presse «rotative». Wallace s'inquiétait de la façon injuste dont lui-même et d'autres employés étaient traités par leur employeur. Toutefois, il a exprimé certaines réserves quant à l'idée de mettre en péril son emploi stable dans la compagnie. Wallace a expliqué à Logan que, comme il était âgé de 45 ans, s'il devait quitter l'emploi qu'il occupait alors, il exigerait une garantie de sécurité d'emploi. Il a aussi tenté d'obtenir de Logan plusieurs garanties de traitement et de rémunération équitables. Il a obtenu ces garanties et Logan lui a dit que, s'il fournissait le rendement escompté, il pourrait continuer de travailler pour Public Press jusqu'à sa retraite.

Wallace a commencé à travailler pour Public Press en juin 1972. Il a obtenu beaucoup de succès

the company and was the top salesperson for each of the years he spent in its employ.

On August 22, 1986, Wallace was summarily discharged by Public Press's sales manager Leonard Domerecki. Domerecki offered no explanation for his actions. In the days before the dismissal both Domerecki and UGG's general manager had complimented Wallace on his work.

By letter of August 29, 1986, Domerecki advised Wallace that the main reason for his termination was his inability to perform his duties satisfactorily. Wallace's statement of claim alleging wrongful dismissal was issued on October 23, 1986. In its statement of defence, the respondent alleged that Wallace had been dismissed for cause. This allegation was maintained for over two years and was only withdrawn when the trial commenced on December 12, 1988.

At the time of his dismissal Wallace was almost 59 years old. He had been employed by Public Press for 14 years. The termination of his employment and the allegations of cause created emotional difficulties for Wallace and he was forced to seek psychiatric help. His attempts to find similar employment were largely unsuccessful.

On September 26, 1985, Wallace made a voluntary assignment into personal bankruptcy. When he commenced his action against the respondent, Wallace remained an undischarged bankrupt. After Wallace had completed his case at trial, UGG moved to amend its statement of defence to assert that as an undischarged bankrupt, Wallace lacked the capacity to commence or continue the proceedings. UGG requested that Wallace's claim for damages for failure to provide reasonable notice of termination be struck out.

The trial judge granted leave to amend the statement of defence and then struck out Wallace's claim for damages for breach of contract. He held

au sein de la compagnie et a été le meilleur vendeur durant chacune des années où il a occupé son poste.

Le 22 août 1986, Wallace a été congédié sommairement par Leonard Domerecki, le directeur des ventes de Public Press. Domerecki n'a fourni aucune explication de son geste. Dans les jours précédant le congédiement, tant Domerecki que le directeur général de UGG avaient félicité Wallace pour son travail.

Par lettre en date du 29 août 1986, Domerecki a informé Wallace que la principale raison pour laquelle il mettait fin à son emploi était son incapacité à s'acquitter de ses fonctions de façon satisfaisante. La déclaration dans laquelle Wallace alléguait le congédiement injustifié a été présentée le 23 octobre 1986. Dans sa défense, l'intimée a soutenu que le congédiement de Wallace était justifié. Cette allégation a été maintenue pendant plus de deux ans et n'a été retirée qu'à l'ouverture du procès le 12 décembre 1988.

À l'époque de son congédiement, Wallace avait presque 59 ans. Il avait travaillé pour Public Press durant 14 ans. La cessation de son emploi et les allégations de motif déterminé ont engendré chez Wallace des problèmes émotifs qui l'ont forcé à demander de l'aide psychiatrique. Ses tentatives de trouver un emploi similaire ont été vaines dans une large mesure.

Le 26 septembre 1985, Wallace a fait une cession volontaire de ses biens. Lorsqu'il a intenté son action contre l'intimée, Wallace était toujours un failli non libéré. Après que Wallace eut fini de présenter sa preuve au procès, UGG a entrepris de modifier sa défense afin de faire valoir que, en tant que failli non libéré, Wallace n'avait pas la capacité d'intenter ou de continuer les poursuites. UGG a réclamé la radiation de la demande de dommages-intérêts fondée sur l'absence de préavis raisonnable de cessation d'emploi, que Wallace avait présentée.

Le juge de première instance a accordé l'autorisation de modifier la défense et a radié la demande de Wallace visant à obtenir des dommages-intérêts

5

6

7

8

9

that the action in that regard was a nullity from the outset. Wallace's attempt to appeal that ruling was stayed by the Manitoba Court of Appeal pending completion of the trial. The trial resumed and subject to the outcome of the appeal on the bankruptcy issue, Wallace was awarded damages for wrongful dismissal based on a 24-month notice period and aggravated damages.

pour rupture de contrat. Il a statué qu'à cet égard l'action était nulle depuis le début. Wallace a tenté d'interjeter appel de cette décision, mais la Cour d'appel du Manitoba a suspendu l'appel jusqu'à la fin du procès. Le procès a repris et, sous réserve de l'issue de l'appel sur la question de la faillite, Wallace a obtenu des dommages-intérêts pour congédiement injustifié qui étaient fondés sur une période de préavis de 24 mois, ainsi que des dommages-intérêts majorés.

10 The Manitoba Court of Appeal reversed the findings of the trial judge with respect to the appellant's capacity to maintain an action for breach of contract. It also allowed the respondent's cross-appeal, substituting a judgment in favour of the appellant based on a 15-month reasonable notice period, and overturned the award of aggravated damages. This Court granted leave to appeal on May 9, 1996.

La Cour d'appel du Manitoba a infirmé les conclusions du juge de première instance relativement à la capacité de l'appelant d'intenter une action pour rupture de contrat. Elle a également accueilli l'appel incident de l'intimée en substituant un jugement en faveur de l'appelant fondé sur une période de préavis raisonnable de 15 mois et a écarté l'attribution de dommages-intérêts majorés. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 9 mai 1996.

2. Relevant Statutory Provisions

2. Les dispositions législatives pertinentes

11 *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3

Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3

2. In this Act,

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“property” includes money, goods, things in action, land and every description of property, whether real or personal, legal or equitable, and whether situated in Canada or elsewhere, and includes obligations, easements and every description of estate, interest and profit, present or future, vested or contingent, in, arising out of or incident to property;

«biens» Biens de toute nature, meubles ou immeubles, en droit ou en équité, qu'ils soient situés au Canada ou ailleurs. Leur sont assimilés les sommes d'argent, marchandises, droits incorporels et terres, ainsi que les obligations, servitudes et toute espèce de droits, d'intérêts ou de profits, présents ou futurs, acquis ou éventuels, dans des biens, ou en provenant ou s'y rattachant.

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall . . . comprise

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers [. . .] comprennent:

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

68. (1) Notwithstanding subsection 67(1), where a bankrupt

(a) is in receipt of, or is entitled to receive, any money as salary, wages or other remuneration from a person employing the bankrupt. . . .

the trustee may, on the trustee's own initiative or, if directed by the inspectors or the creditors, shall, make an application to the court for an order directing the payment to the trustee of such part of the money as the court may determine, having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt.

99. (1) All transactions by a bankrupt with any person dealing with him in good faith and for value in respect of property acquired by the bankrupt after the bankruptcy, if completed before any intervention by the trustee, are valid against the trustee, and any estate or interest in the property that by virtue of this Act is vested in the trustee shall determine and pass in such manner and to such extent as may be required for giving effect to any such transaction.

3. Judicial History

A. *Manitoba Court of Queen's Bench* (1992), 82 Man. R. (2d) 253

Lockwood J. granted leave to amend the statement of defence to allow UGG to raise the issue of the appellant's status as an undischarged bankrupt. After reviewing the relevant authorities, he struck out Wallace's claim for damages for breach of contract, holding that a claim for damages for wrongful dismissal based on lack of notice vests in the trustee in bankruptcy. He concluded that the action in that regard was a nullity from the outset. Neither party disputed Wallace's right to maintain his claims for mental distress, loss of reputation and punitive damages. Lockwood J. noted that these claims are personal in nature and do not vest in the trustee.

68. (1) Par dérogation au paragraphe 67(1), lorsque le failli reçoit ou a droit de recevoir des fonds à titre de traitement, salaire ou autre rémunération d'une personne qui l'emploie [. . .], le syndic peut, d'office, ou doit, sur demande des inspecteurs ou des créanciers, demander au tribunal d'ordonner que soit payée au syndic la partie des fonds que peut déterminer le tribunal, eu égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli.

99. (1) Toutes transactions d'un failli avec une personne qui traite avec lui de bonne foi et pour valeur, relativement aux biens acquis par le failli après la faillite, si elles sont complétées avant toute intervention de la part du syndic, sont valides à l'encontre du syndic, et tout droit ou intérêt dans ces biens qui, en vertu de la présente loi, est dévolu au syndic, prend fin et cesse de la manière et dans la mesure requises pour donner effet à une semblable transaction.

3. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (1992), 82 Man. R. (2d) 253

Le juge Lockwood a accordé l'autorisation de modifier la défense pour permettre à UGG de soulever la question de la situation de l'appelant en tant que failli non libéré. Après avoir examiné la jurisprudence et la doctrine pertinentes, il a radié la demande de Wallace visant à obtenir des dommages-intérêts pour rupture de contrat, en concluant qu'il appartient au syndic de faillite de présenter une demande de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, fondée sur l'absence de préavis. Il a statué qu'à cet égard l'action était nulle depuis le début. Ni l'une ni l'autre partie n'a contesté le droit de Wallace de maintenir ses réclamations pour souffrances morales et perte de réputation ainsi que sa demande de dommages-intérêts punitifs. Le juge Lockwood a souligné que ces demandes étaient de nature personnelle et qu'il n'appartenait pas au syndic de les faire.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1993), 85 Man. R. (2d) 40

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1993), 85 Man. R. (2d) 40

13 The court stayed the appellant's appeal concerning Lockwood J.'s interlocutory order pending completion of the trial.

La cour a suspendu jusqu'à la fin du procès l'appel de l'appelant concernant l'ordonnance interlocutoire du juge Lockwood.

C. *Manitoba Court of Queen's Bench* (1993), 87 Man. R. (2d) 161

C. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (1993), 87 Man. R. (2d) 161

14 The appellant contended that he had negotiated a fixed-term contract with UGG that guaranteed him security of tenure until retirement, subject only to termination for just cause. Lockwood J. rejected that argument. In his view, the making of a fixed-term contract would occur rarely, if at all. He described such a contract as being special in nature so as to require very explicit terms. He concluded that the evidence about the meeting between Logan and Wallace prior to Wallace's being hired was not sufficient to merit a finding that the parties had entered a fixed-term contract. Further, he found that in any event, such a contract would be inconsistent with UGG's employment policy and that any change in company policy would require the endorsement of the personnel manager, the general manager or the president of UGG. A change in the company's employment policy was neither sought nor granted.

L'appelant a prétendu qu'il avait négocié avec UGG un contrat à durée déterminée qui lui garantissait la sécurité d'emploi jusqu'à la retraite, sous réserve seulement d'une cessation d'emploi pour un motif valable. Le juge Lockwood a rejeté cet argument. À son avis, la conclusion d'un contrat à durée déterminée serait très rare. Il a affirmé qu'un tel contrat est de nature si particulière qu'il exige des conditions très explicites. Il a statué que la preuve de la rencontre entre Logan et Wallace avant l'embauchage de Wallace n'était pas suffisante pour que l'on puisse déduire que les parties avaient conclu un contrat à durée déterminée. De plus, il a décidé que, de toute façon, un tel contrat serait incompatible avec la politique d'emploi de UGG et que toute modification de cette politique exigerait l'adhésion du directeur du personnel, du directeur général ou du président de UGG. Aucune modification de la politique d'emploi de la compagnie n'a été demandée ni accordée.

15 In determining the appropriate period of reasonable notice, Lockwood J. took into account a number of factors including the appellant's length of service, his age, the nature of his employment, the history of the employment relationship, his qualifications, and the availability of similar employment. In addition he noted the difficulty that Wallace was experiencing in finding alternate employment. He attributed that difficulty in large measure to the evidence of word having circulated in the trade that Wallace "must have done something reprehensible" to have been dismissed by UGG. At p. 170 Lockwood J. concluded:

Pour déterminer la période appropriée de préavis raisonnable, le juge Lockwood a tenu compte d'un certain nombre de facteurs, dont l'ancienneté de l'appelant, son âge, la nature de son emploi, l'historique de la relation avec son employeur, ses compétences et la possibilité d'obtenir un emploi similaire. De plus, il a noté la difficulté que Wallace éprouvait à trouver un autre emploi. Il a attribué cette difficulté en grande partie à la preuve d'une rumeur qui avait circulé parmi les gens du métier que Wallace [TRADUCTION] «devait avoir fait quelque chose de répréhensible» pour être congédié par UGG. À la page 170, le juge Lockwood a conclu:

Taking the above factors into account, and particularly the fact that the peremptory dismissal and the subsequent actions of the [respondent] made other employment in [Wallace's] field virtually unavailable, I

[TRADUCTION] Compte tenu des facteurs susmentionnés et, plus particulièrement, du fait que le congédiement péremptoire et les actes subséquents de [l'intimée] ont écarté presque toute possibilité pour [Wallace]

conclude that an award at the top of the scale in such cases is warranted. I, therefore, fix 24 months as the period of reasonable notice.

In addition to his claim for wages in lieu of notice, Wallace sought damages for mental distress and made claims in both contract and tort. The claim in contract included damages for mental distress, loss of reputation and prestige and punitive damages. Citing *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, Lockwood J. determined that Wallace's entitlement to an award under this head of damages turned on whether UGG's conduct constituted a separate actionable wrong. He noted that although there was no fixed-term contract, Wallace had been given a guarantee of security provided he gave UGG no cause to dismiss him. Relying on *Pilon v. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 378 (Ont. H.C.), Lockwood J. concluded that it must have been in the contemplation of UGG that if Wallace was dismissed without cause or warning, he would probably suffer mental distress. This was an implied term of the contract and therefore the dismissal constituted a separate actionable wrong worthy of compensation.

Regarding the claim in tort, the appellant sought damages for negligence including punitive damages or, alternatively, aggravated damages for wilful or negligent infliction of harassment and oppression. This claim was based on the statements of Anderson J.A. in the British Columbia Court of Appeal in *Vorvis* (1984), 9 D.L.R. (4th) 40, at pp. 54-55. Lockwood J. began his analysis by reviewing the evidence concerning mental distress and found that although Wallace's assignment into personal bankruptcy must have caused him an increasing degree of stress, the dismissal itself constituted the "major component" in his depression (at p. 176). Turning to the part of the claim concerning wilful or negligent infliction of harass-

de trouver un emploi dans son domaine, je conclus qu'il est justifié d'accorder une indemnité maximale en pareil cas. Je fixe donc à 24 mois la période de préavis raisonnable.

En plus de sa demande de salaire tenant lieu de préavis, Wallace a réclamé des dommages-intérêts pour souffrances morales et présenté des demandes fondées à la fois sur la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La demande fondée sur la responsabilité contractuelle visait à obtenir des dommages-intérêts pour souffrances morales, perte de réputation et de prestige, ainsi que des dommages-intérêts punitifs. Citant l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, le juge Lockwood a statué que le droit de Wallace à une indemnité sous cette forme de dommages-intérêts dépendait de la question de savoir si la conduite de UGG constituait une faute distincte donnant ouverture à un droit d'action. Il a souligné que, malgré l'absence de contrat à durée déterminée, Wallace avait obtenu une garantie de sécurité d'emploi pourvu qu'il ne donne à UGG aucun motif de le congédier. S'appuyant sur la décision *Pilon c. Peugeot Canada Ltd.* (1980), 114 D.L.R. (3d) 378 (H.C. Ont.), le juge Lockwood a conclu que UGG avait dû prévoir que, si Wallace était congédié sans motif ou sans avertissement, il éprouverait probablement des souffrances morales. C'était une condition implicite du contrat, et le congédiement constituait donc une faute distincte donnant ouverture à un droit d'action et à une indemnisation.

Quant à la demande fondée sur la responsabilité délictuelle, l'appelant a sollicité des dommages-intérêts pour négligence, y compris des dommages-intérêts punitifs ou, subsidiairement, des dommages-intérêts majorés pour harcèlement et oppression causés délibérément ou par négligence. Cette demande était fondée sur les affirmations du juge Anderson dans l'arrêt *Vorvis* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, (1984), 9 D.L.R. (4th) 40, aux pp. 54 et 55. Le juge Lockwood a commencé son analyse en examinant la preuve relative aux souffrances morales et a conclu que, bien que la cession de biens effectuée par Wallace ait dû contribuer à augmenter son stress, le congédiement lui-même constituait [TRADUCTION] l'«élé-

ment, he accepted the evidence of Domerecki that it was UGG's intention to "play hardball" with Wallace, that UGG did not have any reason to dismiss him and that the reason given in Domerecki's letter of August 29, 1986 was not true. He also noted the late withdrawal of the allegations of cause. Lockwood J. held that the behaviour of the respondent ought to lead to compensation for mental distress by way of aggravated damages.

18 Lockwood J. was of the view that since the majority of the Supreme Court of Canada in *Vorvis* failed to comment on the statements of Anderson J.A. in the Court of Appeal regarding the claim in tort, it could be implied that in the proper circumstances, such a claim might qualify as a separate actionable wrong from the breach itself. In his opinion, the requisite circumstances existed in this case. He concluded at p. 177:

I find that it was reasonably foreseeable that mental distress would result from the manner in which the dismissal was handled and also by the decision to play hardball with the [appellant]. That decision resulted in the [respondent] maintaining the plea of just cause for some two years and four months, during which time the [appellant] undoubtedly suffered further mental distress. There was, consequently, a negligent breach of the duty of care warranting compensation by way of aggravated damages.

19 In light of the circumstances and having found that the defendant was liable for aggravated damages resulting from mental distress in both tort and contract, Lockwood J. fixed the award at \$15,000.

20 With respect to the appellant's claim for punitive damages, Lockwood J. relied on the decision in *Vorvis*, *supra*, and concluded that conduct warranting an award of such damages would have to

ment principal» à l'origine de sa dépression (à la p. 176). Passant ensuite à la partie de la demande concernant le harcèlement et l'oppression causés délibérément ou par négligence, il admis le témoignage de Domerecki selon lequel UGG avait l'intention de [TRADUCTION] «jouer dur» avec Wallace, UGG n'avait aucune raison de le congédier et la raison exposée dans la lettre de Domerecki en date du 29 août 1986, était fausse. Il a également noté le retrait tardif des allégations d'existence d'un motif de congédiement. Le juge Lockwood a statué que le comportement de l'intimée devait donner lieu à l'indemnisation des souffrances morales au moyen de dommages-intérêts majorés.

Le juge Lockwood était d'avis que, puisque les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Vorvis* n'avaient pas commenté les affirmations du juge Anderson de la Cour d'appel relativement à la demande fondée sur la responsabilité délictuelle, on pouvait en déduire que, dans les circonstances appropriées, une telle demande pourrait découler d'une faute distincte donnant ouverture à un droit d'action résultant de la violation même. D'après lui, les circonstances requises existaient en l'espèce. Il a conclu, à la p. 177:

[TRADUCTION] J'estime qu'il était raisonnablement prévisible que des souffrances morales résulteraient de la manière dont le congédiement a été effectué et également de la décision de jouer dur avec [l'appellant]. À la suite de cette décision, [l'intimée] a maintenu son argument de motif valable pendant une période d'environ deux ans et quatre mois durant laquelle [l'appellant] a sans doute éprouvé d'autres souffrances morales. Il y a donc eu manquement par négligence à l'obligation de diligence qui justifie l'indemnisation au moyen de dommages-intérêts majorés.

Compte tenu des circonstances et après avoir conclu que la défenderesse était tenue de payer des dommages-intérêts majorés pour souffrances morales en raison de sa responsabilité tant délictuelle que contractuelle, le juge Lockwood a fixé l'indemnité à 15 000 \$.

En ce qui concerne la demande de dommages-intérêts punitifs présentée par l'appellant, le juge Lockwood s'est appuyé sur l'arrêt *Vorvis*, précité, pour conclure que le comportement justifiant l'at-

be of a “harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature” (p. 179). In his view, the conduct complained of in this case was not sufficient to constitute an actionable wrong, nor was it of such an extreme nature as to merit condemnation by an award of such damages in either tort or contract.

D. *Manitoba Court of Appeal* (1995), 102 Man. R. (2d) 161

Having disposed of two issues which do not arise on this appeal, Scott C.J.M., writing for a unanimous court, turned to the question of whether Wallace’s status as an undischarged bankrupt rendered him incapable of bringing an action for breach of contract. Scott C.J.M. began his analysis by reviewing those sections of the *Bankruptcy Act* (ss. 2, 67 and 71(2)) that provide for the automatic vesting of “property” in the trustee upon bankruptcy. He recognized that one exception to these provisions is s. 68, which continues the historical exemption of wages from property that vests in the trustee. The appellant argued that an action for wrongful dismissal was analogous to “wages or other remuneration” within the meaning of s. 68 and was therefore statutorily exempt property. However, Scott C.J.M. examined the competing case law on this point and found the authorities against Wallace’s position more convincing. He concluded that s. 68 had no application in the circumstances and that as Wallace’s claim for wrongful dismissal constituted property within the meaning of the Act, it came under the control of the trustee.

Scott C.J.M. acknowledged that Lockwood J. had reached a similar conclusion on this issue. However, in contrast to the opinion of the learned trial judge, he was of the view that this conclusion did not dispose of the question of Wallace’s capacity to bring a claim in contract.

The appellant relied on *Cohen v. Mitchell* (1890), 25 Q.B.D. 262, in which the English Court

tribution de tels dommages-intérêts devrait être [TRADUCTION] «dur, vengeur, répréhensible et malicieux» (p. 179). À son avis, le comportement reproché en l’espèce n’était pas suffisant pour constituer une faute donnant ouverture à un droit d’action et n’était pas non plus extrême au point de justifier la condamnation à de tels dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle.

D. *Cour d’appel du Manitoba* (1995), 102 Man. R. (2d) 161

Après avoir réglé deux questions qui ne se posent pas dans le présent pourvoi, le juge en chef Scott a abordé, au nom de la cour à l’unanimité, la question de savoir si la situation de Wallace en tant que failli non libéré le rendait incapable d’intenter une action pour rupture de contrat. Le juge en chef Scott a commencé son analyse en examinant les dispositions de la *Loi sur la faillite* (les art. 2 et 67 et le par. 71(2)) qui prescrivent la dévolution automatique des «biens» au syndic de faillite. Il a reconnu que l’une des exceptions à ces dispositions est l’art. 68, qui maintient l’exemption historique du salaire relativement aux biens dévolus au syndic. L’appelant a soutenu qu’une action pour congédiement injustifié était analogue au «salaire ou autre rémunération» au sens de l’art. 68 et constituait donc un bien exempté par la Loi. Cependant, le juge en chef Scott a examiné la jurisprudence concurrente sur ce point et a statué que les décisions défavorables à la position de Wallace étaient plus convaincantes. Il a conclu que l’art. 68 ne s’appliquait pas en l’espèce et que, puisque la demande de Wallace pour congédiement injustifié constituait un bien au sens de la Loi, elle était sous le contrôle du syndic.

Le juge en chef Scott a reconnu que le juge Lockwood était arrivé à une conclusion similaire sur cette question. Toutefois, contrairement au juge de première instance, il était d’avis que cette conclusion ne tranchait pas la question de la capacité de Wallace de présenter une demande fondée sur la responsabilité contractuelle.

L’appelant a invoqué l’arrêt *Cohen c. Mitchell* (1890), 25 Q.B.D. 262, dans lequel la Cour d’appel

21

22

23

of Appeal drew a distinction between property owned at the date of bankruptcy and after-acquired property. It was stated that after-acquired property does not automatically vest in the trustee in such a way as to prevent the bankrupt from maintaining an action. Rather, he or she retains the ability to bring the action unless the trustee intervenes. Scott C.J.M. noted that this case has been applied numerous times in Canada. However, he was of the view that *Cohen* and the cases which have followed it are primarily concerned with preventing third parties from losing property that they purchased from the bankrupt in good faith and for value to the trustee in bankruptcy. Section 99(1) of the *Bankruptcy Act*, he stated, gives statutory expression to this common law principle, but neither the cases nor the statutory provisions directly address the rights as between the bankrupt and the trustee. At p. 175 he wrote:

As a logical corollary to this it follows, it seems to me, that the third-party beneficiary of such protection [the respondent in the present case] should not be able to set up as against the undischarged bankrupt the title of the trustee when the trustee has not become involved.

24

According to Scott C.J.M., the real issue was simply whether the appellant could maintain his action pertaining to after-acquired property when the trustee failed to take any interest in the litigation. To determine this issue he embarked on a review of the early case law that preceded *Cohen* and found that the courts have long recognized the authority of a bankrupt to maintain an action to protect property, and that this was later extended to proceedings for damages. However, the bankrupt possessed this power subject to the discretion of the trustee to intervene. Scott C.J.M. noted that the common law had developed this "common sense" principle despite the constant presence of both English and Canadian legislation which provided that all present and future property passed to the assignees (trustees) on bankruptcy. Scott C.J.M. rejected two recent authorities to the contrary, stating that neither involved after-acquired property nor did they make reference to *Cohen*.

d'Angleterre a établi une distinction entre les biens possédés au moment de la faillite et les biens acquis après celle-ci. Il a été déclaré que les biens acquis après la faillite ne sont pas dévolus automatiquement au syndic de manière à empêcher le failli d'intenter une action. Ce dernier conserve plutôt la capacité d'intenter l'action à moins que le syndic n'intervienne. Le juge en chef Scott a noté que cet arrêt a été appliqué à maintes reprises au Canada. Cependant, il estimait que l'arrêt *Cohen* et les arrêts qui l'ont suivi visent surtout à empêcher les tiers de perdre aux mains du syndic de faillite les biens qu'ils ont achetés au failli de bonne foi et pour valeur ou moyennant contrepartie. Ce principe de common law est formulé, a-t-il dit, au par. 99(1) de la *Loi sur la faillite*, mais ni la jurisprudence ni les dispositions législatives n'abordent directement la question des droits existant entre le failli et le syndic. À la page 175, il écrit:

[TRADUCTION] Comme corollaire logique, il s'ensuit, me semble-t-il, que le tiers bénéficiaire d'une telle protection [l'intimée en l'espèce] ne devrait pas pouvoir opposer au failli non libéré le titre de propriété du syndic lorsque ce dernier n'est pas intervenu.

Selon le juge en chef Scott, il s'agissait simplement de savoir, en réalité, si l'appelant pouvait intenter son action relative aux biens acquis après la faillite lorsque le syndic ne s'intéressait nullement au litige. Pour trancher cette question, il s'est lancé dans un examen de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Cohen* et a conclu que les tribunaux reconnaissaient depuis longtemps le pouvoir d'un failli d'intenter une action pour protéger ses biens et que ce pouvoir s'est étendu, par la suite, aux poursuites en obtention de dommages-intérêts. Toutefois, le failli possédait ce pouvoir sous réserve du pouvoir discrétionnaire du syndic d'intervenir. Le juge en chef Scott a fait observer que la common law avait établi ce principe de «bon sens» malgré la présence constante de la loi anglaise et de la loi canadienne qui prévoyaient que tous les biens présents et futurs passaient aux cessionnaires (syndics) de la faillite. Le juge en chef Scott a rejeté deux décisions récentes contraires, en déclarant que ni l'une ni l'autre ne concernait des biens acquis après une faillite et ne renvoyait à l'arrêt *Cohen*.

In the opinion of Scott C.J.M., Lockwood J. had confused the issues of whether the trustee could maintain the action for wrongful dismissal, which he clearly could, with the bankrupt's right to do so when the trustee chose not to intervene. Scott C.J.M. concluded as follows at p. 177:

The principle that title to after-acquired property vests in the trustee, but the bankrupt has the power and authority to maintain an action with respect thereto unless and until the trustee intervenes, is so well established it could be argued that the [respondent], as opposed to the trustee, has no status to raise the issue. But this need not be decided; it is sufficient to say that Lockwood, J., was quite wrong in his conclusion. Wallace had the right to continue in his own name his action for wrongful dismissal in the absence of the trustee.

Regarding the issue of a fixed-term contract, Scott C.J.M. ruled that the trial judge had been correct in finding that there was no fixed-term contract to the age of retirement. In his view, it is rare that general expressions of inducement such as those found by the trial judge are intended or accepted as sufficient to create a binding legal obligation. In addition, he concurred with Lockwood J.'s view regarding the special nature of such a contract, holding that it would require explicit terms and would most certainly be in writing.

In considering the notice period to which the appellant was entitled, Scott C.J.M. acknowledged that the manner of dismissal and the circumstances surrounding it may be relevant in determining the appropriate notice period where the prospects for the dismissed employee's future employment are affected. However, he doubted that it would be appropriate to consider its impact by way of a separate addition to the appropriate notice period. Rather, he concluded, it is one of the numerous factors to be considered.

D'après le juge en chef Scott, le juge Lockwood avait confondu la question de savoir si le syndic pouvait intenter l'action pour congédiement injustifié, ce qu'il pouvait manifestement faire, avec celle du droit du failli de le faire lorsque le syndic choisit de ne pas intervenir. Le juge en chef Scott conclut ceci, à la p. 177:

[TRADUCTION] Le principe selon lequel le titre de propriété des biens acquis après la faillite est dévolu au syndic, mais aussi selon lequel le failli a le pouvoir d'intenter une action en ce qui les concerne à moins que le syndic n'intervienne et tant qu'il ne l'a pas fait, est si bien établi qu'il serait possible de soutenir que [l'intimée], par opposition au syndic, n'a pas qualité pour soulever la question. Mais nous n'avons pas à trancher cette question; il suffit de dire que la conclusion du juge Lockwood est tout à fait erronée. Wallace avait le droit de continuer, en son propre nom, son action pour congédiement injustifié en l'absence du syndic.

Quant à la question de l'existence d'un contrat à durée déterminée, le juge en chef Scott a décidé que le juge de première instance avait eu raison de conclure qu'il n'existait aucun contrat à durée déterminée jusqu'à l'âge de la retraite. À son avis, il est rare que les formules générales d'incitation comme celles constatées par le juge de première instance visent ou sont considérées comme suffisantes à créer une obligation juridique exécutoire. De plus, il a souscrit à l'opinion du juge Lockwood relativement à la nature particulière d'un tel contrat, en concluant qu'il nécessiterait des conditions expresses et devrait sûrement être consigné par écrit.

En examinant la période de préavis auquel l'appelant avait droit, le juge en chef Scott a reconnu que la manière dont le congédiement a été effectué et les circonstances qui l'ont entouré peuvent être pertinentes pour déterminer la période de préavis appropriée lorsque les chances de l'employé congédié de se trouver un autre emploi sont réduites. Toutefois, il doutait de l'opportunité d'examiner son incidence au moyen d'un ajout distinct à la période de préavis appropriée. Il a plutôt conclu que c'était l'un des nombreux facteurs à prendre en considération.

25

26

27

28

In light of the indefinite terms of Wallace's employment, his position and work history with the company as well as his age and prospects for future employment, Scott C.J.M. concurred with the trial judge's finding that damages ought to be at the high end of the scale. Nevertheless, he held that the award of 24 months was indicative of an element of aggravated damages having crept into the trial judge's determination. Scott C.J.M. noted the recent tendency for awards to climb beyond the level indicated by previous authorities and concluded that 15 months was the appropriate period of notice.

29

Turning to Wallace's claim for mental distress, Scott C.J.M. noted that historically, courts have refused to award damages under this head in breach of contract actions. However, he acknowledged that some exceptions have arisen, namely, in cases where either freedom from mental distress or enjoyment was the actual matter contracted for. In his view, the exception that has been carved out for these "holiday" cases and "peace of mind" cases should not be extended further to allow recovery in circumstances where it was "reasonably foreseeable" that dismissal would cause mental distress. Rather, relying on the decision in *Vorvis*, *supra*, he concluded that any damages beyond compensation for breach of contract for failure to give reasonable notice "must be founded on a separately actionable course of conduct" (p. 184). In addition he noted that the concept of foreseeability and the notion of determining whether mental suffering would reasonably have been within the contemplation of the parties at the time the employment contract was entered are negated by the necessity of having an independent wrong.

30

At p. 184, Scott C.J.M. concluded as follows:

Here the trial judge applied the reasonably foreseeable test. He clearly erred in doing so. His conclusion

Compte tenu des conditions indéterminées de l'emploi de Wallace, de son poste et de l'expérience acquise au sein de la compagnie ainsi que de son âge et de ses perspectives d'emploi, le juge en chef Scott a souscrit à la conclusion du juge de première instance que l'on se devait d'accorder le montant maximal de dommages-intérêts. Néanmoins, il a statué que la période de 24 mois accordée indiquait qu'un élément de dommages-intérêts majorés s'était glissé dans la décision du juge de première instance. Le juge en chef Scott a noté la tendance récente à accorder des indemnités supérieures au niveau indiqué par la jurisprudence antérieure et a conclu que la période de préavis de 15 mois était appropriée.

Passant ensuite à la réclamation de Wallace pour souffrances morales, le juge en chef Scott a fait observer que, historiquement, les tribunaux ont refusé d'accorder des dommages-intérêts de ce genre dans des actions pour rupture de contrat. Cependant, il a reconnu qu'il y avait eu certaines exceptions, à savoir lorsque la protection contre des souffrances morales ou la jouissance d'un droit était le véritable objet du contrat. À son avis, l'exception qui a été prévue pour ces cas de «vacances» et ces cas de «tranquillité d'esprit» ne devait pas être étendue davantage pour permettre l'indemnisation dans des circonstances où il était «raisonnablement prévisible» que le congédiement causerait des souffrances morales. S'appuyant plutôt sur l'arrêt *Vorvis*, précité, il a conclu que l'attribution de dommages-intérêts en sus d'une indemnité pour rupture de contrat en raison du défaut de donner un préavis raisonnable [TRADUCTION] «doit se fonder sur un comportement donnant lui-même ouverture à un droit d'action» (p. 184). De plus, il a fait observer que la notion de prévisibilité et l'idée de déterminer si les souffrances morales auraient raisonnablement été envisagées par les parties à l'époque de la conclusion du contrat de travail sont annihilées par la nécessité d'avoir une faute indépendante.

À la page 184, le juge en chef Scott conclut ceci:

[TRADUCTION] En l'espèce, le juge de première instance a appliqué le critère de la prévisibilité raisonnable.

that there was a “negligent breach of the duty of care warranting compensation by way of aggravated damages” cannot stand since there was no finding, and no evidence to support one, that the actions of UGG were such as to constitute an independent cause of action.

Similarly, Scott C.J.M. rejected the trial judge’s conclusion that fair treatment was an implied term of the contract. In his view, conduct that falls short of being independently actionable in accordance with *Vorvis* cannot take on that status simply by labelling it an implied term of the contract and reasoning that the parties must have contemplated that mental distress would result if the employee was dismissed in circumstances which, although not independently actionable, were nonetheless harsh. This reasoning, Scott C.J.M. found, “is simply the ‘reasonably foreseeable’ doctrine, not adopted by the majority in *Vorvis*, in another name” (p. 185).

In response to Wallace’s argument that there exists a separate independent cause of action in tort called “bad faith discharge”, Scott C.J.M. noted the absence of persuasive authority for this proposition. He held that such a tort has not yet been recognized by Canadian courts.

Scott C.J.M. also rejected the argument that UGG was liable for the intentional infliction of mental suffering. An examination of the reasons for judgment of Lockwood J. revealed no finding that UGG had deliberately attempted to inflict mental suffering upon Wallace. Accordingly, Scott C.J.M. found that the claim lacked any factual foundation.

Turning to the issue of punitive damages, Scott C.J.M. dismissed Wallace’s argument that the trial judge had erred in refusing to award such damages. He could find no basis for interfering with

Il a manifestement commis une erreur en agissant ainsi. Sa conclusion qu’il y a eu «manquement par négligence à l’obligation de diligence qui justifie l’indemnisation au moyen de dommages-intérêts majorés» ne peut pas tenir puisqu’il n’y a pas de conclusion, ni aucune preuve à l’appui d’une conclusion, que les actes de UGG étaient de nature à constituer une cause indépendante d’action.

De même, le juge en chef Scott a rejeté la conclusion du juge de première instance selon laquelle le traitement équitable était une condition implicite du contrat. À son avis, la conduite qui ne donne pas elle-même ouverture à un droit d’action conformément à l’arrêt *Vorvis* ne peut pas acquérir cette qualité du simple fait qu’on la qualifie de condition implicite du contrat et qu’on soutienne que les parties ont dû prévoir que des souffrances morales résulteraient si l’employé était congédié dans des circonstances qui, bien que ne donnant pas indépendamment ouverture à un droit d’action, étaient néanmoins rudes. Ce raisonnement, selon le juge en chef Scott, [TRADUCTION] «n’est que la règle de la “prévisibilité raisonnable”, que les juges majoritaires dans l’arrêt *Vorvis* n’ont pas adoptée sous un autre nom» (p. 185).

Pour répondre à l’argument de Wallace selon lequel il existe, en matière de responsabilité délictuelle, une cause d’action distincte et indépendante appelée «renvoi de mauvaise foi», le juge en chef Scott a noté l’absence de jurisprudence convaincante relativement à cette proposition. Il a statué que les tribunaux canadiens n’ont pas encore reconnu l’existence d’un tel délit civil.

Le juge en chef Scott a également rejeté l’argument selon lequel UGG était responsable d’avoir infligé intentionnellement des souffrances morales. L’examen des motifs du jugement du juge Lockwood n’a révélé l’existence d’aucune conclusion que UGG avait tenté délibérément d’infliger des souffrances morales à Wallace. Par conséquent, le juge en chef Scott a conclu que la réclamation ne reposait pas sur des faits.

Passant ensuite à la question des dommages-intérêts punitifs, le juge en chef Scott a rejeté l’argument de Wallace selon lequel le juge de première instance avait commis une erreur en refusant

31

32

33

34

Lockwood J.'s conclusion that the respondent's conduct was not of such an extreme nature as to justify this type of award. Furthermore, the respondent's conduct did not amount to an independent actionable wrong which, according to the majority judgment in *Vorvis, supra*, is a necessary element in cases deserving of an award of punitive damages.

4. Issues

35 The cross-appeal raises one issue: can an undischarged bankrupt bring an action for wrongful dismissal?

36 The appeal raises five issues:

- a. Was there a fixed-term contract?
- b. Did the Court of Appeal err in overturning the trial judge's award for aggravated damages resulting from mental distress?
- c. Can the appellant sue in either contract or tort for "bad faith discharge"?
- d. Is the appellant entitled to punitive damages?
- e. Did the Court of Appeal err in reducing the appellant's reasonable notice damages from 24 to 15 months?

37 Because the cross-appeal involves the threshold issue of whether the appellant's action can be brought at all, I will address it first.

5. Analysis

A. *Capacity to Bring Action as an Undischarged Bankrupt*

38 The parties agreed that the claim for mental distress, loss of reputation and punitive damages is one that is personal in nature. Such a cause of action does not become the property of the trustee in bankruptcy and thus may be pursued by Wallace

d'accorder de tels dommages-intérêts. Il n'a pu trouver aucune raison de modifier la conclusion du juge Lockwood que le comportement de l'intimée n'était pas extrême au point de justifier l'attribution de ce genre de dommages-intérêts. De plus, le comportement de l'intimée ne constituait pas une faute donnant elle-même ouverture à un droit d'action, qui, d'après les juges majoritaires dans l'arrêt *Vorvis*, précité, est nécessaire dans les cas où l'attribution de dommages-intérêts punitifs est justifiée.

4. Les questions en litige

Le pourvoi incident soulève une question: un failli non libéré peut-il intenter une action pour congédiement injustifié?

Le pourvoi principal soulève cinq questions:

- a. Existait-il un contrat à durée déterminée?
- b. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant l'attribution, par le juge de première instance, de dommages-intérêts majorés résultant de souffrances morales?
- c. L'appellant peut-il intenter des poursuites fondées sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle pour «renvoi de mauvaise foi»?
- d. L'appellant a-t-il droit à des dommages-intérêts punitifs?
- e. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ramenant de 24 à 15 mois la période de préavis raisonnable?

Comme le pourvoi incident porte sur la question préliminaire de savoir si seulement l'action de l'appellant peut être intentée, je vais l'examiner en premier lieu.

5. Analyse

A. *La capacité d'intenter une action en tant que failli non libéré*

Les parties ont convenu que la demande de dommages-intérêts pour souffrances morales et perte de réputation ainsi que de dommages-intérêts punitifs est de nature personnelle. Une telle cause d'action n'est pas dévolue au syndic de faillite et

in his own right: *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (Ont. C.A.). However, the part of Wallace's action for wrongful dismissal that is based on lack of notice is a claim for breach of contract. Whether or not he can maintain this claim is the issue that the parties seek to resolve in the cross-appeal.

The Court of Appeal concluded that, although title to after-acquired property vests in the trustee in bankruptcy, the bankrupt maintains the authority to bring an action with respect thereto unless the trustee intervenes. Therefore, they reasoned, as the trustee in the present case took no interest in the litigation, Wallace was entitled to maintain his action for wrongful dismissal despite his status as an undischarged bankrupt. Although I believe that the Court of Appeal arrived at the correct result, I cannot agree, with respect, with its reasons.

Section 67(1) of the *Bankruptcy Act* describes the property of a bankrupt that is divisible among his or her creditors. No distinction is made with respect to property that exists at the date of assignment into bankruptcy and property acquired after that date but prior to the date of discharge. Section 67(1) reads as follows:

67. (1) The property of a bankrupt divisible among his creditors shall . . . comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

"Property" is defined in s. 2 of the Act and includes things in action which in turn include claims for breach of contract: see *Ranch des Prairies Ltée v. Bank of Montreal* (1988), 53 Man. R. (2d) 308 (C.A.).

Once a receiving order has been made or an assignment into bankruptcy has been filed, s. 71(2) of the Act provides that:

peut donc être exercée par Wallace de son propre chef: *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (C.A. Ont.). Toutefois, la partie de l'action de Wallace pour congédiement injustifié qui se fonde sur l'absence de préavis est une réclamation pour rupture de contrat. La question de savoir s'il peut faire cette réclamation est exactement ce que les parties cherchent à régler dans le pourvoi incident.

La Cour d'appel a conclu que, bien que le titre de propriété sur les biens acquis après la faillite soit dévolu au syndic de faillite, le failli conserve le pouvoir d'intenter une action en ce qui les concerne, à moins que le syndic n'intervienne. Par conséquent, selon la cour, comme le syndic en l'espèce ne s'est pas intéressé au litige, Wallace avait le droit d'intenter son action pour congédiement injustifié malgré sa situation de failli non libéré. Même si j'estime que la Cour d'appel est parvenue au bon résultat, je ne puis souscrire, en toute déférence, à ses motifs.

Le paragraphe 67(1) de la *Loi sur la faillite* décrit les biens du failli qui constituent le patrimoine attribué à ses créanciers. Aucune distinction n'est faite entre les biens qui existent à la date de la cession des biens et les biens acquis après cette date mais avant la libération du failli. Le paragraphe 67(1) se lit ainsi:

67. (1) Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers [. . .] comprennent:

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

Le mot «biens» est défini à l'art. 2 de la Loi et comprend les droits incorporels qui, à leur tour, comprennent les réclamations pour rupture de contrat: voir *Ranch des Prairies Ltée c. Bank of Montreal* (1988), 53 Man. R. (2d) 308 (C.A.).

Dès qu'une ordonnance de séquestre est rendue ou qu'une cession de biens est produite, le par. 71(2) de la Loi prévoit que:

39

40

41

42

... a bankrupt ceases to have any capacity to dispose of or otherwise deal with his property, which shall, subject to this Act and to the rights of secured creditors, forthwith pass to and vest in the trustee named in the receiving order or assignment. . . .

... un failli cesse d'être habile à céder ou autrement aliéner ses biens qui doivent, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des droits des créanciers garantis, immédiatement passer et être dévolus au syndic nommé dans l'ordonnance de séquestre ou dans la cession . . .

43 The clear wording of the statute indicates that, upon assignment into bankruptcy, the bankrupt relinquishes his ability to deal with both existing and after-acquired property, all of which vests in the trustee in bankruptcy. As property has been defined under the Act to include things in action, it appears that an undischarged bankrupt has no capacity to maintain an action for breach of contract. However, the Court of Appeal accepted the appellant's submission that the words of the Act were not meant to be read literally. The court found that judges have put a common law gloss on the plain meaning of the Act with respect to property that was acquired after the assignment in bankruptcy.

Le libellé de la Loi indique clairement que, lors de la cession des biens, le failli renonce à la capacité d'aliéner tant les biens existants que les biens acquis après la cession, qui sont tous dévolus au syndic de faillite. Vu que la Loi définit les biens comme comprenant les droits incorporels, il appert que le failli non libéré est incapable d'intenter une action pour rupture de contrat. Cependant, la Cour d'appel a accepté l'argument de l'appelant selon lequel les termes de la Loi n'étaient pas destinés à être interprétés littéralement. La cour a conclu que les juges se sont fondés sur la common law pour dégager le sens ordinaire de la Loi en ce qui concerne les biens acquis après la cession des biens.

44 The Court of Appeal's reasons relied heavily upon the decision of the English Court of Appeal in *Cohen, supra*. In *Cohen*, an undischarged bankrupt was involved in the buying and selling of agricultural machinery. Some of the machinery was seized and the bankrupt sought to bring an action for wrongful conversion. The bankrupt lacked the funds with which to bring an action, and so he assigned the cause of action to a third party. In exchange for the assignment, the third party forgave the loan he had made to the bankrupt. A dispute arose between the third party and the trustee in bankruptcy with respect to who was entitled to the damages that were awarded.

Dans ses motifs, la Cour d'appel s'est appuyée fortement sur l'arrêt *Cohen*, précité, de la Cour d'appel d'Angleterre. Dans l'arrêt *Cohen*, un failli non libéré avait participé à l'achat et à la vente de machines agricoles. Certaines de ces machines avaient été saisies, et le failli cherchait à intenter une action pour détournement illicite. Le failli n'avait pas les fonds nécessaires pour intenter une action et a donc cédé sa cause d'action à un tiers. En échange de la cession, le tiers a fait grâce du prêt qu'il avait consenti au failli. Un litige a alors opposé le tiers et le syndic de faillite pour déterminer qui avait droit aux dommages-intérêts qui avaient été accordés.

45 At p. 267 Lord Esher M.R. stated:

... until the trustee intervenes, all transactions by a bankrupt after his bankruptcy with any person dealing with him *bonâ fide* and for value, in respect of his after-acquired property, whether with or without knowledge of the bankruptcy, are valid against the trustee.

À la page 267, le maître des rôles lord Esher affirme:

[TRADUCTION] . . . jusqu'à ce que le syndic intervienne, toutes les opérations qu'un failli effectue, après sa faillite, avec une autre personne qui traite avec lui de bonne foi et moyennant contrepartie, relativement aux biens qu'il a acquis après sa faillite, qu'il y ait ou non connaissance de l'existence de la faillite, sont opposables au syndic.

This proposition has since found statutory expression in s. 99(1) of Canada's *Bankruptcy Act*. That section provides as follows:

99. (1) All transactions by a bankrupt with any person dealing with him in good faith and for value in respect of property acquired by the bankrupt after the bankruptcy, if completed before any intervention by the trustee, are valid against the trustee, and any estate or interest in the property that by virtue of this Act is vested in the trustee shall determine and pass in such manner and to such extent as may be required for giving effect to any such transaction.

The Court in *Cohen* went on to make several broad statements concerning a distinction between existing and after-acquired property. Fry L.J. made reference to the clause in his country's *Bankruptcy Act* which, similar to s. 67(1) of our Act, includes among the property vested in the trustee all property of the undischarged bankrupt, regardless of its date of acquisition. However, Fry L.J. noted the difficulty that the plain meaning of this clause creates for a bankrupt who has dealings with others and acquires rights or property while still a bankrupt. He stated that in response to this difficulty, the common law has developed a distinction between existing and after-acquired property, namely, that after-acquired property does not vest in the trustee in such a way as to prevent the bankrupt from maintaining an action. Rather, an act of intervention on the part of the trustee is required for this to occur.

Wallace relied upon these statements to advance his claim that the common law treats existing and after-acquired property differently and that because his cause of action arose after his assignment in bankruptcy, he could rightfully maintain an action for breach of contract in his own name. The Court of Appeal, for the most part, approved of his arguments and indeed, their decision seems to have been heavily influenced by the words of the court in *Cohen*, *supra*. However, as the Court of Appeal itself noted, *Cohen* and many of the cases that have followed it are concerned with the protection of third parties involved in good faith transactions for value with undischarged bankrupts.

Cette proposition a depuis été formulée au par. 99(1) de la *Loi sur la faillite* du Canada. Ce paragraphe se lit ainsi:

99. (1) Toutes transactions d'un failli avec une personne qui traite avec lui de bonne foi et pour valeur, relativement aux biens acquis par le failli après la faillite, si elles sont complétées avant toute intervention de la part du syndic, sont valides à l'encontre du syndic, et tout droit ou intérêt dans ces biens qui, en vertu de la présente loi, est dévolu au syndic, prend fin et cesse de la manière et dans la mesure requises pour donner effet à une semblable transaction.

Dans l'arrêt *Cohen*, la cour a ensuite fait plusieurs affirmations générales au sujet de la distinction entre les biens existants et ceux acquis après la faillite. Le lord juge Fry s'est reporté à la disposition de la *Bankruptcy Act* de son pays qui, à l'instar du par. 67(1) de notre loi, inclut parmi les biens dévolus au syndic tous les biens du failli non libéré, indépendamment de la date de leur acquisition. Toutefois, le lord juge Fry a noté la difficulté que le sens ordinaire de cette disposition engendre pour le failli qui traite avec autrui et acquiert des droits ou des biens pendant qu'il est encore en faillite. Il a dit que, pour remédier à cette difficulté, la common law a établi une distinction entre les biens existants et ceux acquis après la faillite, à savoir que les biens acquis après la faillite ne sont pas dévolus au syndic de manière à empêcher le failli d'intenter une action. Mais l'intervention du syndic est requise à cette fin.

Wallace s'est fondé sur ces affirmations pour prétendre que la common law traite différemment les biens existants et les biens acquis après la faillite et que, parce que sa cause d'action a pris naissance après la cession de ses biens, il pouvait à juste titre intenter, en son propre nom, une action pour rupture de contrat. La Cour d'appel a approuvé ses arguments en grande partie et, en fait, sa décision semble avoir été fortement influencée par les propos de la cour dans l'arrêt *Cohen*, précité. Cependant, comme la Cour d'appel l'a elle-même fait observer, l'arrêt *Cohen* et bon nombre des affaires qui l'ont suivi concernaient la protection des tiers participant à des transactions de bonne foi et moyennant contrepartie avec des failis non libérés.

46

47

48

49

In the present case, these concerns do not arise. In contrast to the facts in *Cohen*, Wallace did not become involved in any good faith transactions for value with a third party after his assignment in bankruptcy, a fact which considerably diminishes the persuasive authority of that case. I do not believe that the broad statements of *Cohen* with respect to after-acquired property extend to these very different factual circumstances. I find support for this position in the fact that the English Court of Appeal has reached a similar conclusion. In *Re Pascoe*, [1944] 1 Ch. 219 (C.A.), the court reviewed a number of cases, of which *Cohen* was said to be the leading modern authority. In so doing, the court conclusively rejected the argument of the appellant that found favour with the Court of Appeal in the present case. Lord Greene M.R. held that these cases do not establish the proposition that after-acquired property belongs to the bankrupt until the trustee intervenes and claims it. At p. 226 he stated:

... the title of the trustee is only qualified by those rights given to the bankrupt by s. 47 [essentially the same as s. 99(1) of our Act], which protect transactions with third parties but do not in any way qualify the title of the trustee, save in so far as that title is liable to be impaired in cases which fall under the section.

50

The Manitoba Court of Appeal's reasons, although informed by *Cohen*, extended beyond the specific facts of that case. After noting the influence of *Cohen* on s. 99(1) of the Act, Scott C.J.M., writing for the court, stated at p. 175:

As a logical corollary to this it follows, it seems to me, that the third-party beneficiary of such protection should not be able to set up as against the undischarged bankrupt the title of the trustee when the trustee has not become involved.

51

In my opinion, in identifying the respondent in the present case as a "third party", the Court of Appeal has extended the meaning of that term beyond that which is accorded to it by s. 99(1). Dealing with that section of the Act, Lane J. in

Ce n'est pas le cas en l'espèce. Contrairement aux faits de l'arrêt *Cohen*, Wallace n'a participé à aucune transaction de bonne foi et moyennant contrepartie avec un tiers après la cession de ses biens, ce qui atténue considérablement le caractère persuasif de cet arrêt. Je ne crois pas que les affirmations générales de l'arrêt *Cohen* relativement aux biens acquis après la faillite s'appliquent à ces circonstances factuelles très différentes. À mon avis, le fait que la Cour d'appel anglaise soit arrivée à une conclusion similaire vient étayer ce point de vue. Dans l'arrêt *Re Pascoe*, [1944] 1 Ch. 219 (C.A.), la cour a examiné un certain nombre d'affaires, parmi lesquelles l'arrêt *Cohen* dont on a dit qu'il était l'arrêt de principe contemporain. Ce faisant, la cour a rejeté péremptoirement l'argument de l'appellant qui a trouvé grâce aux yeux de la Cour d'appel en l'espèce. Le maître des rôles lord Greene a statué que ces arrêts n'établissent pas que les biens acquis après la faillite appartiennent au failli jusqu'à ce que le syndic intervienne et les réclame. À la page 226, il dit:

[TRADUCTION] ... le titre de propriété du syndic n'est atténué que par les droits accordés au failli par l'art. 47 [essentiellement le même que le par. 99(1) de notre loi], qui protègent les transactions avec des tiers mais ne limitent en aucune façon le titre de propriété du syndic, sauf dans la mesure où ce titre risque d'être diminué dans des cas visés par l'article.

Les motifs de la Cour d'appel du Manitoba, bien qu'inspirés de l'arrêt *Cohen*, s'étendaient au-delà des faits particuliers de cet arrêt. Après avoir noté l'influence de l'arrêt *Cohen* sur le par. 99(1) de la Loi, le juge en chef Scott a déclaré, au nom de la cour, à la p. 175:

[TRADUCTION] Comme corollaire logique, il s'ensuit, me semble-t-il, que le tiers bénéficiaire d'une telle protection ne devrait pas pouvoir opposer au failli non libéré le titre de propriété du syndic lorsque ce dernier n'est pas intervenu.

À mon avis, en décrivant l'intimée en l'espèce comme étant un «tiers», la Cour d'appel a étendu le sens de ce terme au-delà de celui qui lui est attribué par le par. 99(1). Le juge Lane affirme, au sujet de cet article de la Loi, dans la décision

Wyssling (Trustee of) v. Latreille Estate (1990), 78 C.B.R. (N.S.) 114 (Ont. S.C.), stated at p. 127:

In my view, this section was designed to act as a shield for the benefit of third parties who might otherwise be liable to lose to the trustee property which they had purchased from the bankrupt in good faith and for value.

I agree with this statement and note that the principles enunciated in *Cohen* serve the same purpose. Although UGG in a general sense can be described as a third party to the relationship between Wallace and the trustee, it is not a third party in the sense in which that term is used in s. 99(1). That section appears to envision that the third party has received or purchased something of value from the bankrupt in good faith and which the third party might otherwise lose to the trustee. UGG simply does not fill that description. Therefore, with respect, the logical corollary developed by the Court of Appeal is erroneous because the respondent is not, in my view, a third party of the kind contemplated by s. 99(1).

Consequently, in this context, I cannot agree with the Court of Appeal's finding that the courts have developed a common sense principle which permits an undischarged bankrupt to deal with assets acquired after the assignment in bankruptcy provided the trustee has not intervened. In my opinion, the ability to deal with such assets is restricted to those situations involving good faith third-party transactions for value with an undischarged bankrupt regarding the after-acquired property of the bankrupt. The plain meaning of the Act indicates that outside of these very narrow circumstances (or the exception created by s. 68(1), which I will discuss below), the bankrupt loses the ability to deal with his or her property regardless of whether it was acquired before or after the assignment in bankruptcy.

This view of the question before us was correctly applied in two recent appellate court decisions. In *McNamara v. Pagecorp Inc.* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 97, the Ontario Court of Appeal held that an undischarged bankrupt lacked the legal capacity to bring an action in respect of property

Wyssling (Trustee of) c. Latreille Estate (1990), 78 C.B.R. (N.S.) 114 (C.S. Ont.), à la p. 127:

[TRADUCTION] À mon avis, cet article était censé servir de bouclier aux tiers qui risqueraient, par ailleurs, de perdre aux mains du syndic les biens qu'ils ont achetés au failli de bonne foi et moyennant contrepartie.

Je suis d'accord avec cette affirmation et note que les principes énoncés dans l'arrêt *Cohen* servent la même fin. Bien que, dans un sens général, UGG puisse être décrite comme un tiers par rapport à la relation qui existe entre Wallace et le syndic, elle n'est pas un tiers au sens du par. 99(1). Ce paragraphe semble envisager que le tiers a reçu ou acheté de bonne foi quelque chose d'une certaine valeur du failli et qu'il pourrait, par ailleurs, le perdre aux mains du syndic. UGG ne répond tout simplement pas à cette description. Donc, en toute déférence, le corollaire logique établi par la Cour d'appel est erroné parce que l'intimée n'est pas, à mon avis, un tiers du genre envisagé par le par. 99(1).

Par conséquent, dans le présent contexte, je ne puis être d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel que les tribunaux ont établi un principe de sens commun qui permet au failli non libéré d'aliéner des biens acquis après la cession de ses biens pourvu que le syndic ne soit pas intervenu. À mon avis, la capacité d'aliéner de tels biens se limite aux cas où il s'agit de transactions que des tiers ont faites de bonne foi et moyennant contrepartie avec un failli non libéré relativement aux biens acquis après sa faillite. Le sens ordinaire de la Loi indique que, en dehors de ces circonstances très restreintes (ou de l'exception créée par le par. 68(1), que j'examinerai plus loin), le failli perd la capacité d'aliéner ses biens, indépendamment de la question de savoir s'ils ont été acquis avant ou après la cession de ses biens.

Cette perception de la question dont nous sommes saisis a été appliquée correctement dans deux arrêts récents de tribunaux d'appel. Dans l'arrêt *McNamara c. Pagecorp Inc.* (1989), 76 C.B.R. (N.S.) 97, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'un failli non libéré n'avait pas la capacité juri-

52

53

54

which the plaintiff and his wife had owned at the time of the bankruptcy and which had been sold back to him by the trustee prior to his being discharged.

55 At p. 98, the court stated:

The scheme of the Bankruptcy Act is that all property of the bankrupt owned at the date of bankruptcy and which is acquired by the bankrupt prior to his discharge vests in the trustee. There is no doubt that an undischarged bankrupt cannot bring [an] action to enforce property claims and we are satisfied that such is the law even where, as here, the property is allegedly sold by the trustee to the bankrupt prior to his discharge.

56 In *Long v. Brisson*, [1992] 5 W.W.R. 185, a case which also involved an undischarged bankrupt who sought to maintain an action in respect of property, the Alberta Court of Appeal cited *McNamara* and held at p. 186:

An undischarged bankrupt has no status to commence an action or other proceeding in his own name where it relates to recovery of property. That status is reserved to the trustee in bankruptcy. . . .

This is the scheme of the *Bankruptcy Act*. . .

57 The Court of Appeal attempted to distinguish both of these cases on the basis that neither made reference to *Cohen*, *supra*, and that both appeared to deal with pre-bankruptcy assets. However, I have some difficulty with this position. My reading of the facts in *McNamara* indicates that the property over which the dispute arose was acquired after the assignment in bankruptcy and not before as was found by the Court of Appeal. But even so, in my opinion, the date of acquisition of the property is irrelevant as the Act makes no distinction on this ground. Further, the absence of any reference to *Cohen* is of no consequence in light of my statements above with respect to the limited application of that case.

58 The wording of the Act is clear. An undischarged bankrupt has no capacity to deal with his or her property and no distinction is made with respect to whether that property was acquired

dique d'intenter une action relativement aux biens que le demandeur et son épouse possédaient à l'époque de la faillite et qui lui avaient été revendus par le syndic avant sa libération.

À la page 98, la cour affirme:

[TRADUCTION] Selon l'économie de la Loi sur la faillite, tous les biens qui appartenaient au failli à la date de la faillite et tous ceux qui ont été acquis par le failli avant sa libération sont dévolus au syndic. Il ne fait aucun doute qu'un failli non libéré ne peut pas intenter [une] action pour faire valoir des droits de propriété et nous sommes convaincus que tel est l'état du droit même lorsque, comme en l'espèce, les biens auraient été vendus par le syndic au failli avant sa libération.

Dans l'arrêt *Long c. Brisson*, [1992] 5 W.W.R. 185, où il était aussi question d'un failli non libéré qui cherchait à intenter une action relativement à des biens, la Cour d'appel de l'Alberta a cité l'arrêt *McNamara* et a conclu, à la p. 186:

[TRADUCTION] Le failli non libéré n'a pas la qualité requise pour intenter une action ou d'autres procédures en son propre nom lorsqu'il s'agit de recouvrer des biens. Seul le syndic de faillite a cette qualité . . .

C'est l'économie de la *Loi sur la faillite*. . .

La Cour d'appel a tenté d'établir une distinction d'avec ces deux affaires pour le motif que ni l'une ni l'autre ne faisait mention de l'arrêt *Cohen*, précité, et que les deux semblaient traiter de biens acquis avant la faillite. Cependant, il m'est difficile d'adopter ce point de vue. Selon mon interprétation des faits de l'arrêt *McNamara*, les biens à l'origine du litige ont été acquis après la cession des biens et non pas avant, comme l'a conclu la Cour d'appel. Mais même là, j'estime que la date d'acquisition des biens n'est pas pertinente étant donné que la Loi n'établit aucune distinction fondée sur ce motif. De plus, l'absence de tout renvoi à l'arrêt *Cohen* n'a aucune conséquence compte tenu des affirmations que j'ai faites plus haut relativement à l'application limitée de cet arrêt.

Le libellé de la Loi est clair. Le failli non libéré n'a pas la capacité d'aliéner ses biens, et aucune distinction n'est établie quant à savoir si ces biens ont été acquis avant ou après la cession de ses

before or after the assignment in bankruptcy. I must therefore respectfully reject the Court of Appeal's holding that a bankrupt has the capacity to bring an action for breach of contract concerning after-acquired property unless the trustee intervenes. In my view, the bankrupt generally will not be able to deal with his or her property outside the circumstances described in s. 99(1).

Nevertheless, this is not sufficient to determine that Wallace's claim is a nullity because s. 68(1) of the Act carves out an additional exception to this general rule where the property in question can be characterized as "salary, wages or other remuneration". Unlike the Court of Appeal, I believe an undischarged bankrupt can maintain an action against a former employer for damages in lieu of reasonable notice, not because of the timing of the acquisition of such property but rather, because of the nature of the property in question.

Section 68(1) of the Act provides as follows:

68. (1) Notwithstanding subsection 67(1), where a bankrupt

(a) is in receipt of, or is entitled to receive, any money as salary, wages or other remuneration from a person employing the bankrupt. . . .

the trustee may, on the trustee's own initiative or, if directed by the inspectors or the creditors, shall, make an application to the court for an order directing the payment to the trustee of such part of the money as the court may determine, having regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt.

Wallace argued before the Court of Appeal that since the true nature of the proceeds from an action for wrongful dismissal is analogous to "wages or other remuneration", they are not included among property that vests in the trustee and the bankrupt is able to maintain the action in his or her own name. The Court of Appeal found that there was clear authority against this proposition and concluded that s. 68(1) has no application. For the reasons which follow, I do not agree with this finding.

biens. Je dois donc, en toute déférence, rejeter la conclusion de la Cour d'appel que le failli a la capacité d'intenter une action pour rupture de contrat relativement à des biens acquis après la faillite, à moins que le syndic n'intervienne. À mon avis, le failli ne pourra généralement aliéner ses biens que dans les circonstances décrites au par. 99(1).

Néanmoins, cela n'est pas suffisant pour déterminer si la demande de Wallace est nulle parce que le par. 68(1) de la Loi prévoit une autre exception à cette règle générale lorsque les biens en question peuvent être qualifiés de «traitement, salaire ou autre rémunération». Contrairement à la Cour d'appel, je crois que le failli non libéré peut intenter une action contre un ancien employeur pour obtenir des dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable, non pas à cause du moment de l'acquisition de tels biens mais plutôt à cause de la nature des biens en question.

Le paragraphe 68(1) de la Loi prévoit ce qui suit:

68. (1) Par dérogation au paragraphe 67(1), lorsque le failli reçoit ou a droit de recevoir des fonds à titre de traitement, salaire ou autre rémunération d'une personne qui l'emploie [. . .], le syndic peut, d'office, ou doit, sur demande des inspecteurs ou des créanciers, demander au tribunal d'ordonner que soit payée au syndic la partie des fonds que peut déterminer le tribunal, eu égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli.

Wallace a soutenu devant la Cour d'appel que, puisque la nature véritable du produit résultant d'une action pour congédiement injustifié est analogue au «salaire ou autre rémunération», il n'est pas inclus dans les biens qui sont dévolus au syndic et le failli peut intenter l'action en son propre nom. La Cour d'appel a jugé qu'il y avait une jurisprudence claire à l'encontre de cette proposition et conclu que le par. 68(1) ne s'applique pas. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec cette conclusion.

59

60

61

62

The respondent contended that this Court ought to draw a distinction between the damages for breach of an employment contract and “salary, wages or other remuneration”. In support of this submission, it relied heavily upon *Neilson v. Vancouver Hockey Club Ltd.*, [1988] 4 W.W.R. 410 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1988] 2 S.C.R. viii, where the plaintiff had a contract under which he was to coach the defendant’s hockey team until the end of the 1985 season. He was fired in 1984 in breach of this contract. The plaintiff, having found similar employment shortly after his termination, sought to characterize his action as one for remuneration promised and not for damages for wrongful dismissal in the hope of avoiding the application of mitigation principles. At p. 412 Seaton J.A. (Aikins J.A. concurring) stated: “The general rule is that on wrongful dismissal the employee’s action is for damages, not for the remuneration promised.”

63

The respondent argued that *Neilson* stands for the proposition that the proceeds from an action for wrongful dismissal are damages and not “salary, wages or other remuneration”. As such, they do not merit special protection under the Act and automatically vest in the trustee in bankruptcy. The Court of Appeal agreed.

64

However, *Neilson* was concerned with whether mitigation should be taken into account in assessing damages upon the breach of a fixed term contract of employment. This case did not involve a bankruptcy, nor was there any consideration of the meaning of “salary, wages or other remuneration” under the *Bankruptcy Act*. Therefore, in my view, the words of Seaton J.A. are not determinative of the issue before this Court. Similarly, the additional cases relied on by the Court of Appeal undertook no examination of s. 68(1) and thus are of limited persuasive authority: see e.g. *Bailey v. Thurston & Co.*, [1903] 1 K.B. 137 (C.A.); *Lough*

L’intimée a prétendu que notre Cour devait établir une distinction entre les dommages-intérêts pour rupture d’un contrat de travail et un «traitement, salaire ou autre rémunération». À l’appui de cet argument, elle s’est fondée fortement sur l’arrêt *Neilson c. Vancouver Hockey Club Ltd.*, [1988] 4 W.W.R. 410 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1988] 2 R.C.S. viii, où le demandeur avait un contrat aux termes duquel il serait l’entraîneur de l’équipe de hockey de la défenderesse jusqu’à la fin de la saison 1985. Il a été congédié en 1984 en violation de ce contrat. Le demandeur, qui avait trouvé un emploi similaire peu après la cessation de son emploi, a cherché à qualifier son action d’action en obtention d’une rémunération promise et non pas en obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, dans l’espoir d’éviter l’application des principes de limitation du préjudice. À la page 412, le juge Seaton (avec l’appui du juge Aikins) déclare: [TRADUCTION] «La règle générale veut que l’employé qui a fait l’objet d’un congédiement injustifié intente une action en obtention de dommages-intérêts et non pas en obtention de la rémunération promise.»

L’intimée a allégué que l’arrêt *Neilson* établit que le produit d’une action pour congédiement injustifié constitue des dommages-intérêts et non pas un «traitement, salaire ou autre rémunération». Il ne mérite donc pas la protection particulière de la Loi et est dévolu automatiquement au syndic de faillite. La Cour d’appel a partagé cet avis.

Cependant, l’arrêt *Neilson* portait sur la question de savoir si la limitation du préjudice était un facteur à prendre en considération en évaluant les dommages-intérêts dans le cas d’une rupture de contrat de travail à durée déterminée. Il n’était pas question de faillite dans cette affaire et aucun examen n’y a été fait du sens de l’expression «traitement, salaire ou autre rémunération» figurant dans la *Loi sur la faillite*. J’estime donc que les propos du juge Seaton ne sont pas déterminants quant à la question dont notre Cour est saisie. De même, les autres arrêts sur lesquels la Cour d’appel s’est appuyée ne comportent aucun examen du par. 68(1) et ont donc une valeur de persuasion limitée: voir, par exemple, *Bailey c. Thurston &*

v. Digital Equipment of Canada Ltd. (1986), 57 O.R. (2d) 456 (H.C.).

As I see the matter, the underlying nature of the damages awarded in a wrongful dismissal action is clearly akin to the “wages” referred to in s. 68(1). In the absence of just cause, an employer remains free to dismiss an employee at any time provided that reasonable notice of the termination is given. In providing the employee with reasonable notice, the employer has two options: either to require the employee to continue working for the duration of that period or to give the employee pay in lieu of notice: D. Harris, *Wrongful Dismissal* (1989 (loose-leaf)), at p. 3-10. There can be no doubt that if the employer opted to require the employee to continue working during the notice period, his or her earnings during this time would constitute wages or salary under s. 68(1) of the Act. The only difference between these earnings and pay in lieu of notice is that the employee receives a lump sum payment instead of having that sum spread out over the course of the notice period. The nature of those funds remains the same and thus s. 68(1) will also apply in these circumstances.

In the event that an employee is wrongfully dismissed, the measure of damages for wrongful dismissal is the salary that the employee would have earned had the employee worked during the period of notice to which he or she was entitled: *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315. The fact that this sum is awarded as damages at trial in no way alters the fundamental character of the money. An award of damages in a wrongful dismissal action is in reality the wages that the employer ought to have paid the employee either over the course of the period of reasonable notice or as pay in lieu of notice. Therefore, in accordance with the exception which is carved out in s. 68(1) for “salary, wages or other remuneration”, this money is not divisible among a bankrupt’s creditors and does not vest in the trustee. The right of action is

Co., [1903] 1 K.B. 137 (C.A.); *Lough c. Digital Equipment of Canada Ltd.* (1986), 57 O.R. (2d) 456 (H.C.).

65
Selon ma perception de l’affaire, la nature fondamentale des dommages-intérêts accordés dans une action pour congédiement injustifié ressemble clairement à celle du «salaire» dont il est question au par. 68(1). En l’absence de motif valable, l’employeur reste libre de congédier un employé en tout temps à la condition de lui donner un préavis raisonnable en ce sens. Pour fournir à l’employé un préavis raisonnable, l’employeur a deux choix: soit exiger de l’employé qu’il continue de travailler durant cette période, soit lui verser un salaire tenant lieu de préavis: D. Harris, *Wrongful Dismissal* (1989 (feuilles mobiles)), à la p. 3-10. Il n’y a pas de doute que, si l’employeur choisit d’exiger de l’employé qu’il continue de travailler durant la période de préavis, ses gains durant cette période constitueront un traitement ou salaire au sens du par. 68(1) de la Loi. La seule différence existant entre ces gains et le salaire tenant lieu de préavis est que l’employé reçoit une somme forfaitaire au lieu de recevoir cette somme étalée sur la période de préavis. La nature de ces fonds reste la même et le par. 68(1) s’appliquera donc aussi dans ces circonstances.

66
Dans le cas où un employé est congédié de façon injustifiée, les dommages-intérêts pour congédiement injustifié correspondent au traitement que l’employé aurait touché s’il avait travaillé durant la période de préavis à laquelle il avait droit: *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315. Le fait que cette somme soit accordée à titre de dommages-intérêts au procès ne change rien à la nature fondamentale des fonds. Les dommages-intérêts accordés dans une action pour congédiement injustifié représentent, en réalité, le traitement que l’employeur aurait dû verser à l’employé soit au cours de la période de préavis raisonnable soit comme salaire tenant lieu de préavis. Par conséquent, conformément à l’exception établie au par. 68(1) pour les «traitement, salaire ou autre rémunération», cette somme d’argent ne constitue pas le patrimoine attribué aux créanciers d’un failli et n’est pas dévolue au syndic. Le droit

the means of attaining these damages and is similarly exempt.

67 In support of this finding, I note that several courts have interpreted the phrase “salary, wages or other remuneration” broadly. It has been held to include disability benefits (*Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64 (Ont. S.C.)), severance pay (*Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245 (Ont. S.C.)), and *Re Greening* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 24 (N.B.Q.B.)) and income tax refunds (*Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765). In *Re Giroux*, Smith J. stated at p. 247:

Speaking generally, one should experience no difficulty including in the definition of salary, wages and other remuneration virtually all benefits accruing to employees. Unless the context requires a restricted meaning, any reward should normally qualify, if not as “salary, wages”, at least as “remuneration”, whether the reward takes the form of sick pay allowance, bonuses, vacation with pay or pay in lieu of notice. [Emphasis added.]

68 The public policy considerations that inform s. 68(1) of the Act offer further support for interpreting the wording of that section broadly. In *Marzetti, supra*, the Court stated at p. 801:

... when family needs are at issue, I prefer to err on the side of caution. In s. 68 of the *Bankruptcy Act*, Parliament has indicated that, before wages become divisible among creditors, it is appropriate to have “regard to the family responsibilities and personal situation of the bankrupt”. This demonstrates, to my mind, an overriding concern for the support of families.

69 Until alternative employment has been obtained, the wrongly dismissed employee will require funds to support him- or herself and his or her family. A damages award will satisfy this need, in essence, filling the pocket that would otherwise have been filled by salary or wages. If such an award is considered property divisible among a bankrupt’s creditors that vests in the trustee, the bankrupt and his or her family may be deprived of essential income during a time of need. In my opinion, to remain true to the spirit of the Act, the words “sal-

d’action est le moyen d’obtenir ces dommages-intérêts et fait l’objet de la même exemption.

À l’appui de cette conclusion, je souligne que plusieurs tribunaux ont interprété de façon libérale l’expression «traitement, salaire ou autre rémunération». On a jugé qu’elle comprenait les prestations d’invalidité (*Re Ali* (1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64 (C.S. Ont.)), l’indemnité de départ (*Re Giroux* (1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245 (C.S. Ont.)), et *Re Greening* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 24 (B.R.N.-B.)) et les remboursements d’impôt sur le revenu (*Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765). Dans *Re Giroux*, le juge Smith déclare, à la p. 247:

[TRADUCTION] En général, on ne devrait éprouver aucune difficulté à inclure dans la définition de traitement, salaire et autre rémunération presque tous les avantages dont bénéficient les employés. À moins que le contexte n’exige une interprétation restreinte, toute récompense devrait normalement être considérée, sinon comme un «traitement ou salaire», au moins comme une «rémunération», qu’elle prenne la forme d’une prestation de maladie, de primes, de vacances payées ou d’un salaire tenant lieu de préavis. [Je souligne.]

Les considérations d’ordre public qui sont à la base du par. 68(1) de la Loi incitent davantage à donner une interprétation libérale au libellé de ce paragraphe. Dans l’arrêt *Marzetti*, précité, la Cour déclare, à la p. 801:

... je préfère, lorsque des besoins familiaux sont en cause, pécher par excès de prudence. À l’art. 68 de la *Loi sur la faillite*, le législateur a indiqué qu’avant que le salaire soit attribué aux créanciers, il convenait d’avoir «égard aux charges familiales et à la situation personnelle du failli». À mon sens, cela traduit une préoccupation prépondérante pour le soutien des familles.

Jusqu’à ce qu’il ait trouvé un autre emploi, l’employé congédié de façon injustifiée aura besoin de fonds pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille. L’obtention de dommages-intérêts comblera ces besoins, essentiellement en remplissant les goussets qui autrement auraient été remplis par un traitement ou un salaire. Si la somme accordée est considérée comme constituant le patrimoine attribué aux créanciers du failli qui est dévolu au syndic, le failli et sa famille peuvent être privés d’un revenu essentiel pendant une

ary, wages or other remuneration” in s. 68(1) must include an award of damages for wrongful dismissal. The same policy rationales that exempt salary, wages and other remuneration from automatically vesting in the trustee surely must operate in the wrongful dismissal context as the function of such damages is equivalent to wages or salary earned in the course of ongoing employment. To hold otherwise would run contrary to Parliament’s intention to put the needs of families ahead of those of creditors.

In addition, I note that the possibilities for abuse associated with this interpretation of s. 68(1) are few. Creditors and trustees are still adequately protected by virtue of the fact that s. 68(1) allows trustees by their own initiative or by the direction of the creditors to go before the court for an order directing payment to the trustee of such part of the “salary, wages or other remuneration” that the court determines is not required for the support of the bankrupt or his or her family.

For the above reasons, I conclude that the appellant can maintain an action for wrongful dismissal in his own name. I would therefore dismiss the cross-appeal and I now turn to the issues raised by the appeal.

B. *Fixed-Term Contract*

The appellant submitted that the courts below erred in rejecting his claim that he had a fixed-term contract for employment until retirement. The learned trial judge exhaustively reviewed all of the circumstances surrounding Wallace’s hiring and concluded that there was insufficient evidence to support this claim. The Court of Appeal accepted the facts as they were found by the trial judge and agreed with his conclusion. In light of these concurrent findings of fact, I see no palpable error or

période d’indigence. À mon avis, pour respecter l’esprit de la Loi, les mots «traitement, salaire ou autre rémunération» figurant au par. 68(1) doivent comprendre des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. Les mêmes raisons de principe qui empêchent les traitement, salaire et autre rémunération d’être dévolus automatiquement au syndic doivent sûrement s’appliquer dans le contexte d’un congédiement injustifié, car de tels dommages-intérêts remplissent la même fonction que le salaire ou traitement gagné dans le cours d’un emploi. Conclure le contraire irait à l’encontre de l’intention du législateur de placer les besoins de la famille avant ceux des créanciers.

De plus, je note que les risques d’abus associés à cette interprétation du par. 68(1) sont rares. Les créanciers et les syndics sont encore protégés adéquatement du fait que le par. 68(1) permet aux syndics, de leur propre initiative ou sur l’ordre des créanciers, de s’adresser à la cour pour obtenir une ordonnance enjoignant de payer au syndic la partie du «traitement, salaire ou autre rémunération» que la cour juge non nécessaire pour subvenir aux besoins du failli ou de sa famille.

Pour les motifs susmentionnés, je conclus que l’appellant peut intenter, en son propre nom, une action pour congédiement injustifié. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi incident et je passe maintenant à l’examen des questions soulevées par le pourvoi principal.

B. *Le contrat à durée déterminée*

L’appellant a soutenu que les tribunaux d’instance inférieure ont commis une erreur en rejetant sa prétention qu’il avait conclu un contrat de travail à durée déterminée jusqu’à sa retraite. Le juge de première instance a procédé à un examen exhaustif de toutes les circonstances entourant l’engagement de Wallace et a conclu qu’il n’y avait pas assez d’éléments de preuve à l’appui de sa prétention. La Cour d’appel a accepté les faits constatés par le juge de première instance et s’est dite d’accord avec sa conclusion. Compte tenu de ces conclusions de fait concordantes, je ne vois aucune erreur manifeste ni aucune autre raison de

70

71

72

other reason to interfere with the conclusion of the courts below.

C. Damages for Mental Distress

73 Relying upon the principles enunciated in *Vorvis*, *supra*, the Court of Appeal held that any award of damages beyond compensation for breach of contract for failure to give reasonable notice of termination “must be founded on a separately actionable course of conduct” (p. 184). Although there has been criticism of *Vorvis* (see e.g. I. Christie et al., *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at pp. 749-50; R. B. Schai, “Aggravated Damages and the Employment Contract” (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345, at p. 355; J. Swan, “Extended Damages and *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*” (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 213) this is an accurate statement of the law. The Court of Appeal also noted that this requirement necessarily negates the trial judge’s reliance on concepts of foreseeability and matters in the contemplation of the parties. An employment contract is not one in which peace of mind is the very matter contracted for (see e.g. *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)) and so, absent an independently actionable wrong, the foreseeability of mental distress or the fact that the parties contemplated its occurrence is of no consequence, subject to what I say on employer conduct below.

74 The Court of Appeal concluded that there was insufficient evidence to support a finding that the actions of UGG constituted a separate actionable wrong either in tort or in contract. I agree with these findings and see no reason to disturb them. I note, however, that in circumstances where the manner of dismissal has caused mental distress but falls short of an independent actionable wrong, the employee is not without recourse. Rather, the trial judge has discretion in these circumstances to extend the period of reasonable notice to which an employee is entitled. Thus, although recovery for

modifier la conclusion des tribunaux d’instance inférieure.

C. Les dommages-intérêts pour souffrances morales

S’appuyant sur les principes énoncés dans l’arrêt *Vorvis*, précité, la Cour d’appel a jugé que toute attribution de dommages-intérêts en sus d’une indemnisation de rupture de contrat en raison du défaut de donner un préavis raisonnable de cessation d’emploi [TRADUCTION] «doit se fonder sur un comportement donnant lui-même ouverture à un droit d’action» (p. 184). Bien que l’arrêt *Vorvis* ait été critiqué (voir, par exemple, I. Christie et autres, *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), aux pp. 749 et 750; R. B. Schai, «Aggravated Damages and the Employment Contract» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345, à la p. 355; J. Swan, «Extended Damages and *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*» (1990), 16 *Can. Bus. L.J.* 213), il représente un énoncé exact de l’état du droit. La Cour d’appel a également fait remarquer que cette exigence annihile nécessairement le fait que le juge de première instance s’en remette à la notion de prévisibilité et aux questions envisagées par les parties. Un contrat de travail n’est pas un contrat dans lequel la tranquillité d’esprit est elle-même visée (voir, par exemple, l’arrêt *Jarvis c. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 Q.B. 233 (C.A.)), et ainsi, en l’absence d’une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action, la prévisibilité des souffrances morales ou le fait que les parties aient envisagé qu’elles surviendraient n’a aucune conséquence, sous réserve de ce que j’affirme plus loin sur le comportement de l’employeur.

La Cour d’appel a statué qu’il n’y avait pas assez d’éléments de preuve pour conclure que les actes de UGG constituaient une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action fondé sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle. Je suis d’accord avec cette conclusion et je ne vois aucune raison de la modifier. Je note toutefois que, dans les cas où le mode de congédiement a causé des souffrances morales, sans constituer une faute donnant elle-même ouverture à un droit d’action, l’employé n’est pas dépourvu de tout recours. Dans ces circonstances, le juge de première instance a plutôt

mental distress might not be available under a separate head of damages, the possibility of recovery still remains. I will be returning to this point in my discussion of reasonable notice below.

D. *Bad Faith Discharge*

The appellant urged this Court to find that he could sue UGG either in contract or in tort for “bad faith discharge”. With respect to the action in contract, he submitted that the Court should imply into the employment contract a term that the employee would not be fired except for cause or legitimate business reasons. I cannot accede to this submission. The law has long recognized the mutual right of both employers and employees to terminate an employment contract at any time provided there are no express provisions to the contrary. In *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, Gonthier J., speaking for the Court, summarized the general contractual principles applicable to contracts of employment as follows, at p. 858:

In the context of an indeterminate employment contract, one party can resiliate the contract unilaterally. The resiliation is considered a dismissal if it originates with the employer and a resignation if it originates with the employee. If an employer dismisses an employee without cause, the employer must give the employee reasonable notice that the contract is about to be terminated or compensation in lieu thereof.

A requirement of “good faith” reasons for dismissal would, in effect, contravene these principles and deprive employers of the ability to determine the composition of their workforce. In the context of the accepted theories on the employment relationship, such a law would, in my opinion, be overly intrusive and inconsistent with established principles of employment law, and more appropri-

le pouvoir discrétionnaire de prolonger la période de préavis raisonnable auquel un employé a droit. Ainsi, même si l’indemnisation des souffrances morales n’est peut-être pas possible sous la forme d’une certaine catégorie de dommages-intérêts, il reste encore possible d’obtenir une indemnité. Je reviendrai sur ce point dans mon analyse du préavis raisonnable.

D. *Le renvoi de mauvaise foi*

L’appelant a pressé notre Cour de conclure qu’il pouvait intenter contre UGG des poursuites fondées sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle pour «renvoi de mauvaise foi». En ce qui concerne l’action fondée sur la responsabilité contractuelle, il a soutenu que la Cour devrait considérer que le contrat de travail comporte une condition implicite voulant que l’employé ne puisse être congédié que de façon justifiée ou pour des raisons commerciales légitimes. Je ne puis souscrire à un tel argument. La loi reconnaît depuis longtemps le droit réciproque de l’employeur et de l’employé de mettre fin au contrat de travail en tout temps pourvu qu’il n’y ait pas de dispositions expresses contraires. Dans l’arrêt *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, le juge Gonthier résume ainsi, au nom de la Cour, les principes généraux en matière contractuelle qui s’appliquent aux contrats de travail (à la p. 858):

Dans le cadre d’un contrat d’emploi à durée indéterminée, une partie peut procéder à la résiliation unilatérale du contrat. Cette résiliation est qualifiée de congédiement, si elle origine de l’employeur, ou de démission, si elle origine de l’employé. Si l’employeur congédie l’employé sans cause, il doit donner à ce dernier un préavis raisonnable (délai-congé) de la rupture prochaine du contrat ou une indemnité qui en tienne lieu.

L’obligation d’avoir des motifs de «bonne foi» de congédier irait, en fait, à l’encontre de ces principes et priverait les employeurs de la capacité de déterminer la composition de leur personnel. Dans le contexte des théories admises en matière de relations entre employeurs et employés, une telle règle serait, à mon avis, trop envahissante et incompatible avec les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé et il conviendrait davantage de laisser au législateur le soin de

75

76

ately, should be left to legislative enactment rather than judicial pronouncement.

l'adopter plutôt que de la laisser à la décision des tribunaux.

77 I must also reject the appellant's claim that he can sue in tort for breach of a good faith and fair dealing obligation with regard to dismissals. The Court of Appeal noted the absence of persuasive authority on this point and concluded that such a tort has not yet been recognized by Canadian courts. I agree with these findings. To create such a tort in this case would therefore constitute a radical shift in the law, again a step better left to be taken by the legislatures.

Je dois également rejeter la prétention de l'appellant qu'il peut engager des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle pour manquement à une obligation de bonne foi et de traitement équitable en matière de congédiement. La Cour d'appel a noté l'absence de jurisprudence et de doctrine convaincantes sur ce point et a statué que les tribunaux canadiens n'ont pas encore reconnu l'existence d'un tel délit civil. Je suis d'accord avec ces conclusions. Créer un tel délit en l'espèce constituerait donc une modification radicale du droit et, encore là, une mesure qu'il serait préférable de laisser au législateur le soin de prendre.

78 For these reasons I conclude that the appellant is unable to sue in either tort or contract for "bad faith discharge". However, I will be returning to the subject of good faith and fair dealing in my discussion of reasonable notice below.

Pour ces motifs, je conclus que l'appellant ne peut pas intenter des poursuites fondées sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle pour «renvoi de mauvaise foi». Cependant, je reviendrai sur le sujet de la bonne foi et du traitement équitable dans mon analyse ultérieure du préavis raisonnable.

E. *Punitive Damages*

E. *Les dommages-intérêts punitifs*

79 Punitive damages are an exception to the general rule that damages are meant to compensate the plaintiff. The purpose of such an award is the punishment of the defendant: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3rd ed. 1997), at p. 483. The appellant argued that the trial judge and the Court of Appeal erred in refusing to award punitive damages. I do not agree. Relying on *Vorvis, supra*, Lockwood J. found that UGG did not engage in sufficiently "harsh, vindictive, reprehensible and malicious" conduct to merit condemnation by such an award. He also noted the absence of an actionable wrong. The Court of Appeal concurred. Again, there is no reason to interfere with these findings. Consequently, I agree with the courts below that there is no foundation for an award of punitive damages.

Les dommages-intérêts punitifs sont l'exception à la règle générale voulant que les dommages-intérêts soient destinés à indemniser le demandeur. Ces dommages-intérêts visent à punir le défendeur: S. M. Waddams, *The Law of Damages* (3^e éd. 1997), à la p. 483. L'appellant a fait valoir que le juge de première instance et la Cour d'appel ont commis une erreur en refusant d'accorder des dommages-intérêts punitifs. Je ne suis pas d'accord. Le juge Lockwood s'est fondé sur l'arrêt *Vorvis*, précité, pour décider que UGG n'avait pas adopté un comportement «dur, vengeur, répréhensible et malicieux» au point de commander l'imposition de tels dommages-intérêts. Il a également noté l'absence de faute donnant ouverture à un droit d'action. La Cour d'appel a partagé le même avis. Encore une fois, il n'y a aucune raison de modifier ces conclusions. Par conséquent, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que rien ne justifie l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

F. Reasonable Notice

The Court of Appeal upheld the trial judge's findings of fact and agreed that in the circumstances of this case damages for failure to give notice ought to be at the high end of the scale. However, the court found the trial judge's award of 24 months' salary in lieu of notice to be excessive and reflective of an element of aggravated damages having crept into his determination. It overturned his award and substituted the equivalent of 15 months' salary. For the reasons which follow, I would restore the trial judge's award of damages in the amount of 24 months' salary in lieu of notice.

In determining what constitutes reasonable notice of termination, the courts have generally applied the principles articulated by McRuer C.J.H.C. in *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.), at p. 145:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. The reasonableness of the notice must be decided with reference to each particular case, having regard to the character of the employment, the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant.

This Court adopted the foregoing list of factors in *Machtiger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 998. Applying these factors in the instant case, I concur with the trial judge's finding that in light of the appellant's advanced age, his 14-year tenure as the company's top salesman and his limited prospects for re-employment, a lengthy period of notice is warranted. I note, however, that *Bardal, supra*, does not state, nor has it been interpreted to imply, that the factors it enumerated were exhaustive: see e.g. *Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1975] 1 W.W.R. 607 (B.C.C.A.); *Corbin v. Standard Life Assurance Co.* (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 71 (N.B.C.A.); *Bishop v. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 21 C.C.E.L.

F. Le préavis raisonnable

La Cour d'appel a confirmé les conclusions de fait du juge de première instance et a convenu que, dans les circonstances de la présente affaire, l'on se devait d'accorder le montant maximal de dommages-intérêts pour défaut de donner préavis. Toutefois, la cour a statué que l'indemnité de 24 mois de salaire tenant lieu de préavis, accordée par le juge de première instance, était excessive et indiquait qu'un élément de dommages-intérêts majorés s'était glissé dans sa décision. Elle a écarté cette indemnité et l'a remplacée par un montant équivalent à 15 mois de salaire. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rétablir l'indemnité de 24 mois de salaire tenant lieu de préavis, que le juge de première instance a accordée à titre de dommages-intérêts.

Pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux ont généralement appliqué les principes énoncés par le juge en chef McRuer dans *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C. Ont.), à la p. 145:

[TRADUCTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. Le caractère raisonnable du préavis est à déterminer au cas par cas, eu égard à la nature de l'emploi, à l'ancienneté de l'employé, à l'âge de celui-ci et à la possibilité d'obtenir un poste similaire, compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé.

Notre Cour a adopté la liste précédente de facteurs dans l'arrêt *Machtiger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, à la p. 998. Appliquant ces facteurs à la présente affaire, je souscris à la conclusion du juge de première instance que, compte tenu de l'âge avancé de l'appelant, de ses 14 années d'ancienneté comme meilleur vendeur de la compagnie et de ses perspectives limitées de réemploi, une longue période de préavis est justifiée. Je note cependant que l'arrêt *Bardal*, précité, ne précise pas, ni n'a été interprété comme signifiant implicitement, que les facteurs qui y sont énumérés sont exhaustifs: voir, par exemple, *Gillespie c. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.*, [1975] 1 W.W.R. 607 (C.A.C.-B.); *Corbin c. Stan-*

80

81

82

(2d) 1 (N.B.C.A.). Canadian courts have added several additional factors to the *Bardal* list. The application of these factors to the assessment of a dismissed employee's notice period will depend upon the particular circumstances of the case.

dard Life Assurance Co. (1995), 15 C.C.E.L. (2d) 71 (C.A.N.-B.); *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 21 C.C.E.L. (2d) 1 (C.A.N.-B.). Les tribunaux canadiens ont ajouté plusieurs autres facteurs à la liste de l'arrêt *Bardal*. L'application de ces facteurs à l'évaluation de la période de préavis d'un employé congédié dépendra des circonstances particulières de chaque affaire.

83

One such factor that has often been considered is whether the dismissed employee had been induced to leave previous secure employment: see e.g. *Jackson v. Makeup Lab Inc.* (1989), 27 C.C.E.L. 317 (Ont. H.C.); *Murphy v. Rolland Inc.* (1991), 39 C.C.E.L. 86 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Craig v. Interland Window Mfg. Ltd.* (1993), 47 C.C.E.L. 57 (B.C.S.C.). According to one authority, many courts have sought to compensate the reliance and expectation interests of terminated employees by increasing the period of reasonable notice where the employer has induced the employee to "quit a secure, well-paying job . . . on the strength of promises of career advancement and greater responsibility, security and compensation with the new organization" (I. Christie et al., *supra*, at p. 623).

L'un des facteurs souvent examinés est de savoir si l'employé congédié a été incité à quitter un emploi antérieur stable: voir, par exemple, *Jackson c. Makeup Lab Inc.* (1989), 27 C.C.E.L. 317 (H.C. Ont.); *Murphy c. Rolland Inc.* (1991), 39 C.C.E.L. 86 (C. Ont. (Div. gén.)); *Craig c. Interland Window Mfg. Ltd.* (1993), 47 C.C.E.L. 57 (C.S.C.-B.). Selon un auteur de doctrine, maints tribunaux ont tenté d'indemniser les employés congédiés pour la confiance et les attentes qu'ils avaient, en augmentant la période de préavis raisonnable dans le cas où l'employeur avait incité l'employé à [TRADUCTION] «quitter un emploi stable, bien rémunéré [. . .] sur la foi de promesses d'avancement professionnel et de responsabilités, de sécurité et de rémunération accrues au sein de la nouvelle organisation» (I. Christie et autres, *op. cit.*, à la p. 623).

84

Several cases have specifically examined the presence of a promise of job security: see e.g. *Makhija v. Lakefield Research* (1983), 14 C.C.E.L. 131 (Ont. H.C.), affirmed by the Ontario Court of Appeal (1986), 14 C.C.E.L. xxxi; *Mutch v. Norman Wade Co.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 185 (S.C.). In particular, I note that the British Columbia Court of Appeal recently adopted this approach in *Robertson v. Weavexx Corp.* (1997), 25 C.C.E.L. (2d) 264. The facts of this case were very similar to those currently before this Court. Writing for the court, Goldie J.A. stated at pp. 271-72:

Dans plusieurs affaires, les tribunaux ont examiné précisément l'existence d'une promesse de sécurité d'emploi: voir, par exemple, *Makhija c. Lakefield Research* (1983), 14 C.C.E.L. 131 (H.C. Ont.), décision confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (1986), 14 C.C.E.L. xxxi; *Mutch c. Norman Wade Co.* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 185 (C.S.). Je note, en particulier, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment adopté cette méthode dans l'arrêt *Robertson c. Weavexx Corp.* (1997), 25 C.C.E.L. (2d) 264. Les faits de cette affaire ressemblaient énormément à ceux dont notre Cour est saisie en l'espèce. Le juge Goldie y affirme, au nom de la cour, aux pp. 271 et 272:

Also part of the inducement to the respondent in making the move he did was, no doubt, the discussions as to long term employment. . . . As I have concluded, those discussions lacked contractual force in terms of the respondent's assertion of a fixed term contract but nev-

[TRADUCTION] Les discussions au sujet d'un emploi à long terme [. . .] ont sans doute aussi fait partie de l'incitation de l'intimé à faire son choix. Comme je l'ai conclu, ces discussions n'avaient pas la force d'un contrat au sens du contrat à durée déterminée dont parle l'in-

ertheless, they were and are, in my opinion, significant on the issue of reasonable notice.

In my opinion, such inducements are properly included among the considerations which tend to lengthen the amount of notice required. I concur with the comments of Christie et al., *supra*, and recognize that there is a need to safeguard the employee's reliance and expectation interests in inducement situations. I note, however, that not all inducements will carry equal weight when determining the appropriate period of notice. The significance of the inducement in question will vary with the circumstances of the particular case and its effect, if any, on the notice period is a matter best left to the discretion of the trial judge.

In the instant case, the trial judge found that UGG went to great lengths to relieve Wallace's fears about jeopardizing his existing secure employment and to entice him into joining their company. At p. 172 the trial judge stated:

The [respondent] wanted a man with the skills of the [appellant] and to get him was prepared to accommodate his demands. . . . I have found that there was no fixed-term contract. However, there was, in the assurance given to him, a guarantee of security, provided he gave the [respondent] no cause to dismiss him. [Emphasis added.]

In addition to the promise that he could continue to work for the company until retirement, UGG also offered several assurances with respect to fair treatment. Further, despite the fact that the company only had salary arrangements with their existing employees, they assured Wallace that they would implement a commission basis for him. Although the trial judge did not make specific reference to the inducement factor in his analysis of reasonable notice, I believe that, in the circumstances of this case, these inducements, in particular the guarantee of job security, are factors which support his decision to award damages at the high end of the scale.

The appellant urged this Court to recognize the ability of a dismissed employee to sue in contract

timé, mais elles ont été et sont, à mon avis, importantes en ce qui concerne la question du préavis raisonnable.

À mon sens, de telles incitations sont comprises à juste titre dans les considérations qui tendent à accroître la durée du préavis requis. Je suis d'accord avec les remarques de Christie et autres, *op. cit.*, et je reconnais qu'il faut préserver la confiance et les attentes de l'employé dans des cas où il y a incitation à agir. Je note toutefois que toutes les incitations n'auront pas le même poids au moment de déterminer la période de préavis appropriée. L'importance de l'incitation en question variera selon les circonstances de l'affaire, et tout effet qu'elle pourra avoir sur la période de préavis est une question qu'il est préférable de laisser à la discrétion du juge de première instance.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que UGG s'est donné beaucoup de mal pour apaiser les craintes de Wallace de mettre en péril l'emploi stable qu'il occupait alors et pour l'inciter à se joindre à la compagnie. À la page 172, le juge de première instance affirme:

[TRADUCTION] [L'intimée] avait besoin d'une personne ayant les compétences de [l'appellant] et était disposée à satisfaire à ses demandes pour obtenir ses services [. . .] J'ai conclu qu'il n'existait pas de contrat à durée déterminée. Cependant, on a donné à l'appellant une garantie de sécurité, pourvu qu'il ne donne à [l'intimée] aucune raison de le congédier. [Je souligne.]

Outre la promesse qu'il pourrait continuer à travailler pour la compagnie jusqu'à sa retraite, UGG lui a offert plusieurs garanties de traitement équitable. De plus, bien que la compagnie n'ait eu que des ententes salariales avec ses employés existants, elle a certifié à Wallace qu'elle instaurerait un régime de commission pour lui. Bien que le juge de première instance n'ait pas mentionné expressément le facteur de l'incitation dans son analyse du préavis raisonnable, je crois que, dans les circonstances de la présente affaire, ces incitations, notamment la garantie de sécurité d'emploi, sont des facteurs qui étayaient sa décision d'accorder un montant maximal de dommages-intérêts.

L'appellant a pressé notre Cour de reconnaître la capacité d'un employé congédié d'intenter des

85

86

87

88

or alternatively in tort for "bad faith discharge". Although I have rejected both as avenues for recovery, by no means do I condone the behaviour of employers who subject employees to callous and insensitive treatment in their dismissal, showing no regard for their welfare. Rather, I believe that such bad faith conduct in the manner of dismissal is another factor that is properly compensated for by an addition to the notice period.

poursuites fondées sur la responsabilité contractuelle ou, subsidiairement, sur la responsabilité délictuelle pour «renvoi de mauvaise foi». Quoique j'aie rejeté ces deux moyens d'obtenir une indemnisation, je n'excuse nullement le comportement des employeurs qui soumettent leurs employés à un traitement brutal et implacable en les congédiant, sans se soucier de leur bien-être. Je crois plutôt qu'une telle conduite de mauvaise foi dans la façon de congédier est un autre facteur qui est compensé adéquatement par un ajout à la période de préavis.

⁸⁹ In *Lojstrup v. British Columbia Buildings Corp.* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 357, the British Columbia Court of Appeal found that *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, *Ansari v. British Columbia Hydro and Power Authority* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 33 (S.C.), and *Wadden v. Guaranty Trust Co. of Canada*, [1987] 2 W.W.R. 739 (Alta. Q.B.), preclude extending the notice period to account for manner of dismissal. Generally speaking, these cases have found that claims relating to the manner in which the discharge took place are not properly considered in an action for damages for breach of contract. Rather, it is said, damages are limited to injuries that flow from the breach itself, which in the employment context is the failure to give reasonable notice. The manner of dismissal was found not to affect these damages.

Dans l'arrêt *Lojstrup c. British Columbia Buildings Corp.* (1989), 34 B.C.L.R. (2d) 357, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les décisions *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, *Ansari c. British Columbia Hydro and Power Authority* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 33 (C.S.), et *Wadden c. Guaranty Trust Co. of Canada*, [1987] 2 W.W.R. 739 (B.R. Alb.), empêchent de prolonger la période de préavis de manière à tenir compte du mode de congédiement. En général, on a conclu dans ces décisions que les réclamations relatives à la façon dont le renvoi a été effectué ne sont pas prises en considération à juste titre dans une action en obtention de dommages-intérêts pour rupture de contrat. On y affirme plutôt que les dommages-intérêts se limitent au préjudice qui découle de la rupture elle-même, qui, dans le contexte de l'emploi, est le défaut de donner un préavis raisonnable. Il a été jugé que le mode de congédiement n'influe pas sur ces dommages-intérêts.

⁹⁰ Although these decisions are grounded in general principles of contract law, I believe, with respect, that they have all failed to take into account the unique characteristics of the particular type of contract with which they were concerned, namely, a contract of employment. Similarly, there was not an appropriate recognition of the special relationship which these contracts govern. In my view, both are relevant considerations.

Bien que ces décisions reposent sur des principes généraux du droit des contrats, je crois, en toute déférence, qu'elles ont toutes omis de tenir compte des caractéristiques exceptionnelles du type particulier de contrat qu'elles visaient, c'est-à-dire un contrat de travail. Il n'y a pas eu non plus de reconnaissance adéquate de la relation particulière que régissent ces contrats. À mon sens, ces considérations sont toutes deux pertinentes.

⁹¹ The contract of employment has many characteristics that set it apart from the ordinary commercial contract. Some of the views on this subject

Le contrat de travail comporte de nombreuses caractéristiques qui le distinguent du contrat commercial ordinaire. Certaines des opinions expri-

that have already been approved of in previous decisions of this Court (see e.g. *Machtinger, supra*) bear repeating. As K. Swinton noted in "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform", in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980), 357, at p. 363:

... the terms of the employment contract rarely result from an exercise of free bargaining power in the way that the paradigm commercial exchange between two traders does. Individual employees on the whole lack both the bargaining power and the information necessary to achieve more favourable contract provisions than those offered by the employer, particularly with regard to tenure.

This power imbalance is not limited to the employment contract itself. Rather, it informs virtually all facets of the employment relationship. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, Dickson C.J., writing for the majority of the Court, had occasion to comment on the nature of this relationship. At pp. 1051-52 he quoted with approval from P. Davies and M. Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), at p. 18:

[T]he relation between an employer and an isolated employee or worker is typically a relation between a bearer of power and one who is not a bearer of power. In its inception it is an act of submission, in its operation it is a condition of subordination. . . .

This unequal balance of power led the majority of the Court in *Slaight Communications, supra*, to describe employees as a vulnerable group in society: see p. 1051. The vulnerability of employees is underscored by the level of importance which our society attaches to employment. As Dickson C.J. noted in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of

mées à ce sujet qui ont déjà été approuvées dans des arrêts antérieurs de notre Cour (voir, par exemple, l'arrêt *Machtinger*, précité) méritent d'être réitérées. Comme K. Swinton l'a fait remarquer dans «Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform», dans B. J. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980), 357, à la p. 363:

[TRADUCTION] . . . il est rare que les conditions d'un contrat de travail résultent de l'exercice du pouvoir de négociation librement selon le modèle des échanges commerciaux entre deux commerçants. D'une manière générale, les employés, pris individuellement, n'ont ni le pouvoir de négociation ni les renseignements nécessaires pour obtenir dans leurs contrats des conditions plus avantageuses que celles offertes par l'employeur, surtout relativement à la permanence.

Cette inégalité de pouvoir n'est pas limitée au contrat de travail lui-même. Elle sous-tend plutôt presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge en chef Dickson a commenté, au nom de la Cour à la majorité, la nature de cette relation. Aux pages 1051 et 1052, il a cité, en l'approuvant, un passage tiré de l'ouvrage de P. Davies et M. Freedland, intitulé *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3^e éd. 1983), à la p. 18:

[TRADUCTION] [L]a relation entre un employeur et un employé ou un travailleur isolé est typiquement une relation entre une personne qui est en situation d'autorité et une personne qui ne l'est pas. À son début, il s'agit d'un acte de soumission, dans son fonctionnement, il s'agit d'un acte de subordination . . .

Cette inégalité de pouvoir a amené les juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, à décrire les employés comme un groupe vulnérable dans la société: voir p. 1051. La vulnérabilité des employés ressort de l'importance que notre société attache à l'emploi. Comme l'a fait observer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses

financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

94 Thus, for most people, work is one of the defining features of their lives. Accordingly, any change in a person's employment status is bound to have far-reaching repercussions. In "Aggravated Damages and the Employment Contract", *supra*, Schai noted at p. 346 that, "[w]hen this change is involuntary, the extent of our 'personal dislocation' is even greater."

95 The point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection. In recognition of this need, the law ought to encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal) that result from dismissal. In *Machtiger, supra*, it was noted that the manner in which employment can be terminated is equally important to an individual's identity as the work itself (at p. 1002). By way of expanding upon this statement, I note that the loss of one's job is always a traumatic event. However, when termination is accompanied by acts of bad faith in the manner of discharge, the results can be especially devastating. In my opinion, to ensure that employees receive adequate protection, employers ought to be held to an obligation of good faith and fair dealing in the manner of dismissal, the breach of which will be compensated for by adding to the length of the notice period.

96 This approach finds support in the words of my colleague, Gonthier J., in *Farber, supra*. Writing for a unanimous Court he stated at p. 859:

... for the employment contract to be resiliated, it is not necessary for the employer to have intended to force the employee to leave his or her employment or to have

besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

Ainsi, pour la plupart des gens, le travail est l'une des caractéristiques déterminantes de leur vie. Par conséquent, tout changement survenant dans la situation professionnelle d'une personne aura sûrement de graves répercussions. Dans son article intitulé «Aggravated Damages and the Employment Contract», *loc. cit.*, Schai notait, à la p. 346, que [TRADUCTION] «[L]orsque ce changement est involontaire, le "bouleversement personnel" est encore plus grand.»

Le moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection. Pour reconnaître ce besoin, le droit devrait encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) qui résultent d'un congédiement. Dans l'arrêt *Machtiger*, précité, on a fait remarquer que la façon dont il peut être mis fin à un emploi revêt tout autant d'importance pour l'identité d'une personne que le travail lui-même (à la p. 1002). En poussant plus loin cet énoncé, je souligne que la perte d'emploi est toujours un événement traumatisant. Cependant, lorsque la cessation d'emploi s'accompagne d'actes de mauvaise foi dans la façon dont le renvoi est effectué, les résultats peuvent être particulièrement dévastateurs. À mon avis, pour que les employés puissent bénéficier d'une protection adéquate, les employeurs devraient assumer une obligation de bonne foi et de traitement équitable dans le mode de congédiement, de sorte que tout manquement à cette obligation serait compensé par une prolongation de la période de préavis.

Ce point de vue est étayé par les propos de mon collègue le juge Gonthier dans l'arrêt *Farber*, précité, où il déclare, au nom de la Cour à l'unanimité, à la p. 859:

... il n'est pas nécessaire que l'employeur ait eu l'intention de forcer son employé à quitter son emploi ou qu'il ait été de mauvaise foi en modifiant de façon substan-

been acting in bad faith when making substantial changes to the contract's essential terms. However, if the employer was acting in bad faith, this would have an impact on the damages awarded to the employee.

I find further support for this approach in the decisions of several cases wherein the manner of dismissal was among the factors considered in determining the notice period: *Eyers v. City Buick Cadillac Ltd.* (1984), 6 C.C.E.L. 234 (Ont. H.C.), reversed in part (1986), 13 O.A.C. 66, with no comment regarding manner of dismissal; *Jivrag v. City of Calgary* (1986), 13 C.C.E.L. 120 (Alta. Q.B.), reversed in part (1987), 18 C.C.E.L. xxx (Alta. C.A.), with no comment regarding manner of dismissal; *Hudson v. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 109 (N.W.T.S.C.); *Hall v. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 101 (N.W.T.S.C.); *Trask v. Terra Nova Motors Ltd.* (1995), 9 C.C.E.L. (2d) 157 (Nfld. C.A.); *MacDonald v. Royal Canadian Legion* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 211 (N.S.S.C.); *Corbin, supra*; *Dunning v. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Deildal v. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214.

The obligation of good faith and fair dealing is incapable of precise definition. However, at a minimum, I believe that in the course of dismissal employers ought to be candid, reasonable, honest and forthright with their employees and should refrain from engaging in conduct that is unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive. In order to illustrate possible breaches of this obligation, I refer now to some examples of the conduct over which the courts expressed their disapproval in the cases cited above.

In *Trask, supra*, an employer maintained a wrongful accusation of involvement in a theft and communicated this accusation to other potential employers of the dismissed employee. *Jivrag, supra*, involved similar unfounded accusations of theft combined with a refusal to provide a letter of reference after the termination. In *Dunning, supra*, bad faith conduct was clearly present. Although

tielle les conditions essentielles du contrat de travail, pour que celui-ci soit résilié. Toutefois, si l'employeur était de mauvaise foi, cela aurait un impact sur les dommages à accorder à l'employé.

Je trouve un autre appui à ce point de vue dans les décisions rendues dans plusieurs affaires où le mode de congédiement faisait partie des facteurs considérés pour déterminer la période de préavis: *Eyers c. City Buick Cadillac Ltd.* (1984), 6 C.C.E.L. 234 (H.C. Ont.), infirmé en partie (1986), 13 O.A.C. 66, sans aucune observation quant au mode de congédiement; *Jivrag c. City of Calgary* (1986), 13 C.C.E.L. 120 (B.R. Alb.), appel infirmé en partie (1987), 18 C.C.E.L. xxx (C.A. Alb.), sans aucune observation quant au mode de congédiement; *Hudson c. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 109 (C.S.T.N.-O.); *Hall c. Giant Yellowknife Mines Ltd.* (1992), 44 C.C.E.L. 101 (C.S.T.N.-O.); *Trask c. Terra Nova Motors Ltd.* (1995), 9 C.C.E.L. (2d) 157 (C.A.T.-N.); *MacDonald c. Royal Canadian Legion* (1995), 12 C.C.E.L. (2d) 211 (C.S.N.-É.); *Corbin, précité*; *Dunning c. Royal Bank* (1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71 (C. Ont. (Div. gén.)); *Deildal c. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214.

Il n'est pas possible de définir exactement l'obligation de bonne foi et de traitement équitable. Cependant, je crois tout au moins que, dans le cadre d'un congédiement, les employeurs doivent être francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés et éviter de se comporter de façon inéquitable ou de faire preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteurs, trompeurs ou trop implacables. Afin d'illustrer des manquements possibles à cette obligation, je vais maintenant mentionner certains exemples du genre de conduite que les tribunaux ont désapprouvé dans la jurisprudence susmentionnée.

Dans l'arrêt *Trask, précité*, un employeur a porté une accusation erronée de participation à un vol et a communiqué cette accusation à d'autres employeurs éventuels de l'employé congédié. La décision *Jivrag, précitée*, portait sur des accusations de vol également, combinées au refus de fournir une lettre de références après la cessation d'emploi. Dans l'affaire *Dunning, précitée*, il y

97

98

99

the plaintiff's position had been eliminated, he was told by several senior executives that another position would probably be found for him and that the new assignment would necessitate a transfer. However, at the same time that the plaintiff was being reassured about his future, a senior representative of the company was contemplating his termination. When a position could not be found, the decision was made to terminate the plaintiff. This decision was not communicated to the plaintiff for over a month despite the fact that his employers knew he was in the process of selling his home in anticipation of the transfer. News of his termination was communicated to the plaintiff abruptly following the sale of his home.

avait clairement un comportement de mauvaise foi. Même si le poste du demandeur avait été éliminé, plusieurs cadres supérieurs lui avaient dit qu'on lui trouverait probablement un autre poste et que la nouvelle affectation nécessiterait une mutation. Cependant, en même temps qu'on rassurait le demandeur au sujet de son avenir, un cadre supérieur de la compagnie envisageait de mettre fin à son emploi. Comme on ne pouvait lui trouver aucun poste, il a été décidé de mettre fin à l'emploi du demandeur. Cette décision n'a pas été communiquée au demandeur pendant plus d'un mois même si ses employeurs savaient qu'il était en train de vendre sa maison en prévision de sa mutation. Le demandeur a appris brusquement la nouvelle de la cessation de son emploi après avoir vendu sa maison.

100

In *Corbin, supra*, the New Brunswick Court of Appeal expressed its displeasure over the conduct of an employer who made the decision to fire the employee when he was on disability leave, suffering from a major depression. The employee advised the manager as to when he would be returning to duty and informed him that he was taking a two-week vacation. He was fired immediately upon his return to work. The facts in *MacDonald, supra*, are also illustrative of bad faith conduct. In that case, the defendant employer closed its bar for three months and laid off the plaintiff bartender. While the bar was closed, the executive committee was replaced and the new officers decided to implement a different salary structure for bartenders when the bar reopened. The employer advertised for a bartender at a rate of almost half of the plaintiff's hourly rate. The plaintiff was unaware of any change in his status, and it was only when he saw the advertisement in the newspaper that he learned that he had been dismissed and was not to be offered reinstatement.

Dans l'arrêt *Corbin*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a exprimé son mécontentement au sujet de la conduite d'un employeur qui a pris la décision de congédier l'employé pendant que celui-ci était en congé d'invalidité en raison d'une grave dépression. L'employé a avisé le gestionnaire de la date à laquelle il retournerait au travail et l'a informé qu'il prenait deux semaines de vacances. Il a été congédié immédiatement à son retour au travail. Les faits de l'affaire *MacDonald*, précitée, illustrent également un comportement de mauvaise foi. Dans cette affaire, l'employeur défendeur a fermé son bar pendant trois mois et a licencié le barman demandeur. Pendant la fermeture du bar, le comité de direction a été remplacé et les nouveaux dirigeants ont décidé d'instaurer un régime de salaire différent pour les barmans lorsque le bar rouvrirait. L'employeur a annoncé un emploi de barman à un salaire horaire inférieur de presque la moitié à celui du demandeur. Celui-ci n'était pas au courant de son changement de situation et c'est seulement lorsqu'il a aperçu l'annonce dans le journal qu'il a appris qu'il avait été congédié sans qu'on lui offre de réintégrer son poste.

101

These examples by no means exhaust the list of possible types of bad faith or unfair dealing in the manner of dismissal. However, all are indicative of the type of conduct that ought to merit compensation by way of an addition to the notice period. I

Ces exemples n'épuisent nullement la liste de tous les types possibles de mauvaise foi ou de traitement inéquitable dans la façon de congédier quelqu'un. Cependant, ils indiquent tous le type de comportement qui doit ouvrir droit à une indemnité.

note that, depending upon the circumstances of the individual case, not all acts of bad faith or unfair dealing will be equally injurious and thus, the amount by which the notice period is extended will vary. Furthermore, I do not intend to advocate anything akin to an automatic claim for damages under this heading in every case of dismissal. In each case, the trial judge must examine the nature of the bad faith conduct and its impact in the circumstances.

The Court of Appeal in the instant case recognized the relevance of manner of dismissal in the determination of the appropriate period of reasonable notice. However, relying on *Trask, supra*, and *Gillman v. Saan Stores Ltd.* (1992), 45 C.C.E.L. 9 (Alta. Q.B.), the court found that this factor could only be considered “where it impacts on the future employment prospects of the dismissed employee” (p. 180). With respect, I believe that this is an overly restrictive view. In my opinion, the law must recognize a more expansive list of injuries which may flow from unfair treatment or bad faith in the manner of dismissal.

It has long been accepted that a dismissed employee is not entitled to compensation for injuries flowing from the fact of the dismissal itself: see e.g. *Addis, supra*. Thus, although the loss of a job is very often the cause of injured feelings and emotional upset, the law does not recognize these as compensable losses. However, where an employee can establish that an employer engaged in bad faith conduct or unfair dealing in the course of dismissal, injuries such as humiliation, embarrassment and damage to one’s sense of self-worth and self-esteem might all be worthy of compensation depending upon the circumstances of the case. In these situations, compensation does not flow from the fact of dismissal itself, but rather from the manner in which the dismissal was effected by the employer.

sation au moyen d’un ajout à la période de préavis. Je note que, selon les circonstances de chaque affaire, les actes de mauvaise foi ou de traitement inéquitable ne seront pas tous préjudiciables de la même façon et que la prolongation de la période de préavis variera. De plus, je n’ai pas l’intention de préconiser quelque chose qui ressemble à une demande automatique de dommages-intérêts de ce genre dans tous les cas de congédiement. Dans chaque cas, le juge de première instance doit examiner la nature de la conduite de mauvaise foi et ses répercussions dans les circonstances.

En l’espèce, la Cour d’appel a reconnu que le mode de congédiement est pertinent pour déterminer la période appropriée de préavis raisonnable. Toutefois, s’appuyant sur les décisions *Trask*, précitée, et *Gillman c. Saan Stores Ltd.* (1992), 45 C.C.E.L. 9 (B.R. Alb.), la cour a conclu que ce facteur ne peut être pris en considération que [TRA-DUCTION] «s’il a des répercussions sur les perspectives d’emploi futur de l’employé congédié» (p. 180). En toute déférence, je crois que c’est une opinion trop restrictive. À mon avis, le droit doit reconnaître un plus grand nombre de préjudices pouvant découler d’un traitement inéquitable ou de la mauvaise foi dans la façon dont le congédiement a été effectué.

Il est admis depuis longtemps que l’employé congédié n’a pas droit à l’indemnisation des préjudices découlant du congédiement lui-même: voir, par exemple, *Addis*, précité. Ainsi, bien que la perte d’emploi soit très souvent la cause de vexations et de troubles émotifs, le droit ne reconnaît pas cela comme étant des pertes pouvant donner lieu à indemnisation. Cependant, lorsqu’un employé peut établir qu’un employeur a eu un comportement de mauvaise foi ou l’a traité de façon inéquitable en le congédiant, les préjudices tels que l’humiliation, l’embarras et la perte d’estime de soi et de conscience de sa propre valeur peuvent tous ouvrir droit à indemnisation selon les circonstances de l’affaire. Dans ces cas, l’indemnisation résulte non pas du congédiement lui-même, mais plutôt de la façon dont le congédiement a été effectué par l’employeur.

104

Often the intangible injuries caused by bad faith conduct or unfair dealing on dismissal will lead to difficulties in finding alternative employment, a tangible loss which the Court of Appeal rightly recognized as warranting an addition to the notice period. It is likely that the more unfair or in bad faith the manner of dismissal is the more this will have an effect on the ability of the dismissed employee to find new employment. However, in my view the intangible injuries are sufficient to merit compensation in and of themselves. I recognize that bad faith conduct which affects employment prospects may be worthy of considerably more compensation than that which does not, but in both cases damage has resulted that should be compensable.

105

The availability of compensation for these types of injuries has been recognized in other areas of the law. In *McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No.2)*, [1965] 2 Q.B. 86 (C.A.), Pearson L.J. examined the scope of recovery in an action for libel. At pp. 104-5 he stated:

Compensatory damages, in a case in which they are at large, may include several different kinds of compensation to the injured plaintiff. They may include not only actual pecuniary loss and anticipated pecuniary loss or any social disadvantages which result, or may be thought likely to result, from the wrong which has been done. They may also include the natural injury to his feelings — the natural grief and distress which he may have felt at having been spoken of in defamatory terms, and if there has been any kind of high-handed, oppressive, insulting or contumelious behaviour by the defendant which increases the mental pain and suffering caused by the defamation and may constitute injury to the plaintiff's pride and self-confidence, those are proper elements to be taken into account in a case where the damages are at large.

106

Pearson L.J.'s list of the elements properly compensated for in an award of this type found favour with the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in *Bartrop v. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637, at pp. 661-62, leave to

Souvent les préjudices immatériels découlant des actes de mauvaise foi ou de traitement inéquitable accomplis lors d'un congédiement ont pour effet de compliquer la recherche d'un autre emploi; c'est là une perte matérielle que la Cour d'appel a, à juste titre, reconnue comme justifiant un ajout à la période de préavis. Il est probable que plus le congédiement sera effectué de façon inéquitable ou de mauvaise foi, plus cela diminuera la capacité de l'employé congédié de se trouver un nouvel emploi. Cependant, à mon sens, les préjudices immatériels sont suffisants en soi pour donner droit à une indemnisation. Je reconnais que la conduite de mauvaise foi qui influe sur les perspectives d'emploi peut justifier une indemnisation beaucoup plus élevée que celle qui n'a pas cet effet, mais dans les deux cas, il en résulte un préjudice qui devrait donner lieu à indemnisation.

Il a été reconnu, dans d'autres domaines du droit, que ces types de préjudices peuvent donner lieu à indemnisation. Dans l'arrêt *McCarey c. Associated Newspapers Ltd. (No.2)*, [1965] 2 Q.B. 86 (C.A.), le lord juge Pearson a examiné l'étendue de l'indemnisation dans une action pour libelle diffamatoire. Il affirme, aux pp. 104 et 105:

[TRADUCTION] Les dommages-intérêts compensatoires, dans un cas où ils sont généraux, peuvent comprendre plusieurs sortes différentes d'indemnisation pour le demandeur lésé. Ils peuvent comprendre non seulement les pertes pécuniaires réelles et les pertes pécuniaires prévues ou tout inconvénient qui, sur le plan social, résulte ou, est-il permis de croire, peut résulter de la faute commise. Ils peuvent également comprendre la vexation naturelle — l'angoisse et le chagrin naturels qu'il peut avoir ressentis du fait d'avoir été diffamé, et, si le défendeur a eu un genre de comportement autoritaire, oppressif, insultant ou méprisant qui accentue les souffrances morales causées par la diffamation et peut constituer une atteinte à l'amour-propre et à la confiance en soi du demandeur, ce sont des éléments appropriés à prendre en considération dans un cas où les dommages-intérêts sont généraux.

La liste que donne le lord juge Pearson des éléments qui font à juste titre l'objet d'une indemnisation dans le cas d'une attribution de dommages-intérêts de ce genre a été perçue favorablement par la Section d'appel de la Cour suprême de la

appeal refused, [1978] 1 S.C.R. vi. Having been asked to assess damages in an action for defamation, MacKeigan C.J.N.S., writing for a unanimous court, quoted the above cited passage with approval (see also: *Stumpf v. Globe Holdings Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 55 (Q.B.), at p. 61).

In my view, there is no valid reason why the scope of compensable injuries in defamation situations should not be equally recognized in the context of wrongful dismissal from employment. The law should be mindful of the acute vulnerability of terminated employees and ensure their protection by encouraging proper conduct and preventing all injurious losses which might flow from acts of bad faith or unfair dealing on dismissal, both tangible and intangible. I note that there may be those who would say that this approach imposes an onerous obligation on employers. I would respond simply by saying that I fail to see how it can be onerous to treat people fairly, reasonably, and decently at a time of trauma and despair. In my view, the reasonable person would expect such treatment. So should the law.

In the case before this Court, the trial judge documented several examples of bad faith conduct on the part of UGG. He noted the abrupt manner in which Wallace was dismissed despite having received compliments on his work from his superiors only days before. He found that UGG made a conscious decision to "play hardball" with Wallace and maintained unfounded allegations of cause until the day the trial began. Further, as a result of UGG's persistence in maintaining these allegations, "[w]ord got around, and it was rumoured in the trade that he had been involved in some wrongdoing" (p. 173). Finally, he found that the dismissal and subsequent events were largely responsible

Nouvelle-Écosse dans *Barltrop c. Canadian Broadcasting Corp.* (1978), 25 N.S.R. (2d) 637, aux pp. 661 et 662, autorisation de pourvoi refusée, [1978] 1 R.C.S. vi. Comme on lui avait demandé d'évaluer les dommages-intérêts dans une action en diffamation, le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse a, au nom de la cour à l'unanimité, cité et approuvé le passage susmentionné (voir également: *Stumpf c. Globe Holdings Ltd.* (1982), 22 Alta. L.R. (2d) 55 (B.R.), à la p. 61).

À mon avis, il n'y a aucune raison valable de ne pas reconnaître que les préjudices pouvant donner lieu à indemnisation dans des cas de diffamation pourraient le faire dans le contexte d'un congédiement injustifié. Le droit devrait se soucier de la grande vulnérabilité des employés qui perdent leur emploi et assurer leur protection en encourageant un comportement adéquat et en empêchant toutes les pertes préjudiciables, tant matérielles qu'immatérielles, qui peuvent découler des actes de mauvaise foi ou de traitement inéquitable accomplis lors d'un congédiement. Je note qu'il pourra y avoir des gens qui diront que ce point de vue impose une obligation onéreuse aux employeurs. Je leur répondrai simplement que je ne vois pas comment il peut être onéreux de traiter des gens équitablement, raisonnablement et décemment au moment où ils sont traumatisés et désespérés. À mon avis, la personne raisonnable s'attendrait à un tel traitement. Il devrait en être ainsi de la loi.

Dans l'affaire dont nous sommes saisis, le juge de première instance a cité plusieurs exemples de comportement de mauvaise foi de la part de UGG. Il a noté la façon brusque dont Wallace a été congédié même si ses supérieurs l'avaient félicité pour son travail seulement quelques jours auparavant. Il a conclu que UGG a décidé consciemment de [TRADUCTION] «jouer dur» avec Wallace et a maintenu des allégations non fondées de motif de congédiement jusqu'au jour où le procès a débuté. De plus, à la suite de la persistance de UGG à maintenir ces allégations, [TRADUCTION] «[o]n s'est passé le mot, et la rumeur a circulé parmi les gens du métier qu'il avait été impliqué dans quelque chose de répréhensible» (p. 173). Enfin, il a conclu que le

for causing Wallace's depression. Having considered the *Bardal* list of factors, he stated at p. 170:

Taking [these] factors into account, and particularly the fact that the peremptory dismissal and the subsequent actions of the defendant made other employment in his field virtually unavailable, I conclude that an award at the top of the scale in such cases is warranted.

109 I agree with the trial judge's conclusion that the actions of UGG seriously diminished Wallace's prospects of finding similar employment. In light of this fact, and the other circumstances of this case, I am not persuaded that the trial judge erred in awarding the equivalent of 24 months' salary in lieu of notice. It may be that such an award is at the high end of the scale; however, taking into account all of the relevant factors, this award is not unreasonable and accordingly, I can see no reason to interfere. Therefore, for the reasons above, I would restore the order of the trial judge with respect to the appropriate period of reasonable notice and allow the appeal on this ground.

6. Conclusions and Disposition

110 I would dismiss the cross-appeal with costs and allow the appeal in part with costs here and in the courts below. I would set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal and restore the trial judge's award of 24 months' salary in lieu of notice. As explained above, the other aspects of the appellant's claim are rejected.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

111 MCLACHLIN J. (dissenting in part) — I have read the reasons of Justice Iacobucci. While I agree

congédiement et les événements subséquents ont contribué largement à la dépression de Wallace. Après avoir examiné la liste de facteurs établie dans *Bardal*, il déclare, à la p. 170:

[TRADUCTION] Compte tenu [de ces] facteurs [. . .] et, plus particulièrement, du fait que le congédiement péremptoire et les actes subséquents de la défenderesse lui ont fait perdre presque toute possibilité de trouver un emploi dans son domaine, je conclus qu'il est justifié d'accorder une indemnité maximale en pareil cas.

Je souscris à la conclusion du juge de première instance que les actes de UGG ont sérieusement diminué les chances de Wallace de se trouver un emploi similaire. Compte tenu de ce fait et des autres circonstances de la présente affaire, je ne suis pas convaincu que le juge de première instance a commis une erreur en accordant l'équivalent de 24 mois de salaire pour tenir lieu de préavis. Il se peut qu'une telle somme représente une indemnité maximale; toutefois, compte tenu de tous les facteurs pertinents, cette somme n'est pas déraisonnable et, par conséquent, je ne vois aucune raison d'intervenir. Donc, pour les motifs exposés ci-dessus, je suis d'avis de rétablir l'ordonnance du juge de première instance relativement à la période appropriée de préavis raisonnable et d'accueillir le pourvoi sur ce point.

6. Conclusions et dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident avec dépens et d'accueillir en partie le pourvoi principal avec dépens devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. Je suis d'avis d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir l'indemnité de 24 mois de salaire accordée par le juge de première instance pour tenir lieu de préavis. Tel qu'expliqué plus haut, la demande de l'appelant est rejetée sous ses autres aspects.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci. Bien que je souscrive à une grande partie de ses motifs, ma perception du droit m'amène

with much of his reasons, my view of the law leads me to differ both in method and in result.

As to method, I differ from Iacobucci J. in two respects. First, I am of the view that an award of damages for wrongful dismissal should be confined to factors relevant to the prospect of finding replacement employment. It follows that the notice period upon which such damages are based should only be increased for manner of dismissal if this impacts on the employee's prospects of re-employment. Secondly, I am of the view the law has evolved to permit recognition of an implied duty of good faith in termination of the employment.

These differences lead me to a different result than my colleague. I would uphold the trial judge's award of damages for wrongful dismissal based on a 24-month notice period. I would also uphold the trial judge's award of \$15,000 for mental distress on the basis of breach of the contractual obligation of good faith in dismissing an employee.

On the cross-appeal, I agree with Iacobucci J. that the plaintiff's action was not precluded by his bankruptcy. Damages in lieu of reasonable notice constitute "salary, wages or other remuneration" for the purposes of bankruptcy legislation and hence are recoverable. I also conclude that damages for breach of the implied obligation of good faith are recoverable because of the personal nature of the cause of action.

The Law

The action for wrongful dismissal is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship (or pay in lieu thereof) in the

à diverger d'avis tant sur le plan de la méthode utilisée que sur celui du résultat.

En ce qui concerne la méthode utilisée, l'opinion que j'adopte diverge de celle du juge Iacobucci à deux égards. Premièrement, j'estime que l'attribution de dommages-intérêts pour congédiement injustifié devrait se limiter aux facteurs pertinents quant à la possibilité de trouver un autre emploi. Il s'ensuit que la période de préavis sur laquelle se fondent ces dommages-intérêts ne devrait être prolongée en raison du mode de congédiement que si celui-ci a une incidence sur les perspectives de réemploi de l'employé. Deuxièmement, je suis d'avis que le droit a évolué et qu'il permet maintenant de reconnaître l'existence d'une obligation implicite d'agir de bonne foi en matière de cessation d'emploi.

Ces divergences m'amènent à un résultat différent de celui de mon collègue. Je confirmerais les dommages-intérêts fondés sur un préavis de 24 mois que le juge de première instance a accordés pour congédiement injustifié. Je confirmerais aussi les dommages-intérêts de 15 000 \$ que le juge de première instance a accordés pour souffrances morales résultant du manquement à l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi en congédiant un employé.

Quant au pourvoi incident, je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire que la faillite du demandeur ne fait pas obstacle à l'action qu'il a intentée. Les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable constituent un «traitement, [un] salaire ou [une] autre rémunération» aux fins de la loi en matière de faillite et peuvent donc être réclamés. Je conclus également que les dommages-intérêts accordés pour manquement à l'obligation implicite d'agir de bonne foi peuvent être réclamés en raison de la nature personnelle de la cause d'action.

Le droit

L'action pour congédiement injustifié se fonde sur une obligation implicite du contrat de travail de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation employeur-employé (ou de

112

113

114

115

absence of just cause for dismissal: I. Christie et al., *Employment Law in Canada* (2nd ed. 1993), at p. 609. If an employer fails to provide reasonable notice of termination, the employee can bring an action for breach of the implied term. A “wrongful dismissal” action is not concerned with the wrongness or rightness of the dismissal itself. Far from making dismissal a wrong, the law entitles both employer and employee to terminate the employment relationship without cause. A wrong arises only if the employer breaches the contract by failing to give the dismissed employee reasonable notice of termination. The remedy for this breach of contract is an award of damages based on the period of notice which should have been given. The length of the notice period is based on the time reasonably required to find similar employment. The damages represent what the employee would have earned in this period. These damages place the employee in the position that he or she would have been in had the contract been performed — the proper measure of damages for breach of contract.

verser un salaire tenant lieu de préavis) en l’absence d’un motif valable de congédiement: I. Christie et autres, *Employment Law in Canada* (2^e éd. 1993), à la p. 609. Si un employeur ne donne pas à son employé un préavis raisonnable de cessation d’emploi, ce dernier peut tenter une action pour violation de cette condition implicite. Une action pour «congédiement injustifié» ne porte pas sur le caractère fautif ou juste du congédiement même. Loin de qualifier un congédiement de faute, le droit permet à la fois à l’employeur et à l’employé de mettre fin sans motif à leur relation. Il n’y a faute que si l’employeur rompt le contrat en ne donnant pas à l’employé congédié un préavis raisonnable de cessation d’emploi. La réparation de cette rupture de contrat consiste à accorder des dommages-intérêts fondés sur la période du préavis qui aurait dû être donné. La longueur de la période de préavis est fonction du délai raisonnable nécessaire pour trouver un emploi similaire. Les dommages-intérêts correspondent au montant que l’employé aurait gagné pendant cette période. Ils rétablissent l’employé dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté — ce qui représente la manière correcte de calculer les dommages-intérêts pour rupture de contrat.

116 To determine the period of reasonable notice, the court examines the characteristics of the particular employment relationship relevant to the employee’s prospects of finding a similar position including “the character of the employment, the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant”: *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.), at p. 145, per McRuer C.J.H.C., approved in *Machtlinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at pp. 998-99.

Pour déterminer la période de préavis raisonnable, la cour examine les caractéristiques de la relation particulière entre l’employeur et l’employé, qui sont pertinentes quant aux chances de l’employé de trouver un emploi similaire, notamment [TRADUCTION] «la nature de l’emploi, [...] l’ancienneté de l’employé, [...] l’âge de celui-ci et [...] la possibilité d’obtenir un poste similaire, compte tenu de l’expérience, de la formation et des compétences de l’employé»: *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C. Ont.), à la p. 145, le juge en chef McRuer, approuvé dans *Machtlinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, aux pp. 998 et 999.

117 As my colleague points out, the *Bardal* factors have not been viewed as exhaustive. Courts have introduced additional factors into the assessment process, often without articulating the policy reasons for doing so. This has led to confusion about what kinds of factors may be considered in the

Comme le souligne mon collègue, les facteurs énumérés dans l’arrêt *Bardal* ne sont pas considérés comme exhaustifs. Les tribunaux en ont ajouté d’autres dans le processus d’évaluation, souvent sans exposer les raisons de principe de le faire. Il en a résulté de la confusion quant aux

future. As a result, this area of the law “is often uncertain and unpredictable”: Christie et al., *supra*, at p. 611. Hence the issue on this appeal; when, if ever, can the manner of discharge impact on the notice period upon which damages for wrongful dismissal are based?

My colleague, Iacobucci J., holds that the manner of dismissal may be considered generally in defining the notice period for wrongful dismissal. An alternative view is that the manner of dismissal should only be considered in defining the notice period where the manner of dismissal impacts on the difficulty of finding replacement employment, and that absent this connection, damages for the manner of termination must be based on some other cause of action.

I prefer the second approach for the following reasons. First, this solution seems to me more consistent with the nature of the action for wrongful dismissal. Second, this approach, unlike the alternative, honours the principle that damages must be grounded in a cause of action. Third, this approach seems to me more consistent with the authorities, notably *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, *per* McIntyre J. Fourth, this approach will better aid certainty and predictability in the law governing damages for termination of employment. Finally, there are other equally effective ways to remedy wrongs related to the manner of dismissal which do not affect the prospect of finding replacement work. I will discuss in turn each of these reasons for preferring the second alternative.

1. *Consistency with the Nature of the Action for Wrongful Dismissal*

As already stated, the action for wrongful dismissal is an action for breach of an implied term in the contract of employment to give reasonable notice of termination. Reasonable notice, in turn,

types de facteurs qui pourraient être pris en compte à l’avenir. En conséquence, ce domaine du droit [TRADUCTION] «est souvent incertain et imprévisible»: Christie et autres, *op. cit.*, à la p. 611. D’où la question qui se pose en l’espèce: quand, le cas échéant, le mode de congédiement peut-il avoir une incidence sur la période de préavis sur laquelle se fondent les dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?

Mon collègue le juge Iacobucci affirme que le mode de congédiement peut être pris en compte de façon générale pour définir la période de préavis en cas de congédiement injustifié. Selon un autre point de vue, le mode de congédiement ne devrait être pris en considération pour déterminer la période de préavis que s’il a une incidence sur la difficulté de trouver un autre emploi; en l’absence d’un tel lien, les dommages-intérêts relatifs au mode de cessation d’emploi doivent reposer sur une autre cause d’action.

Je préfère ce deuxième point de vue pour les motifs qui suivent. Premièrement, il me semble plus compatible avec la nature de l’action pour congédiement injustifié. Deuxièmement, ce point de vue, contrairement à l’autre, respecte le principe selon lequel les dommages-intérêts doivent reposer sur une cause d’action. Troisièmement, il me semble plus conforme à la jurisprudence, notamment à l’arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, le juge McIntyre. Quatrièmement, ce point de vue favorise davantage la certitude et la prévisibilité du droit en matière de dommages-intérêts pour cessation d’emploi. Enfin, il existe d’autres moyens tout aussi efficaces de réparer les préjudices imputables au mode de congédiement qui n’a pas d’incidence sur la possibilité de trouver un nouvel emploi. Je vais analyser, à tour de rôle, chacune de ces raisons de préférer la deuxième solution.

1. *Compatibilité avec la nature de l’action pour congédiement injustifié*

Comme je l’ai déjà mentionné, l’action pour congédiement injustifié est une action pour violation d’une condition implicite du contrat de travail, qui enjoint de donner un préavis raisonnable de

118

119

120

represents the time that may reasonably be required to find replacement employment. It follows that only factors relevant to the prospects of re-employment should be considered in determining the notice period. To include other factors is to consider matters unrelated to the breach of contract for which damages are ostensibly being awarded.

2. *Consistency with the Principle That Damages Must Be Grounded in a Cause of Action*

121 Damages, to be recoverable, must flow from an actionable and hence compensable wrong: *Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.), aff'g in part (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.). Since the compensable wrong in wrongful dismissal actions is the failure to give reasonable notice so that the employee can find replacement employment, a successful plaintiff will only be entitled to damages flowing from that wrong.

122 It follows that the only damages recoverable in an action based on breach of the contractual duty to give reasonable notice are those related to the prospect of re-employment. Other wrongs must find their remedy elsewhere.

3. *Consistency with the Authorities*

123 This is not the first time this Court has considered the issue of whether damages related to the manner of dismissal can increase the notice period upon which damages for wrongful dismissal are based. In *Vorvis, supra*, this Court declined an invitation to do just this.

124 As in the case at bar, the plaintiff in *Vorvis* claimed damages for wrongful dismissal as well as damages for mental distress suffered by him as a

cessation d'emploi. Or, un préavis raisonnable correspond au délai qui peut être raisonnablement nécessaire pour trouver un autre emploi. Il s'ensuit que seuls les facteurs pertinents quant aux perspectives de réemploi doivent être pris en compte pour déterminer la période de préavis. Inclure d'autres facteurs revient à tenir compte de questions qui n'ont rien à voir avec la rupture du contrat pour laquelle des dommages-intérêts sont manifestement accordés.

2. *Compatibilité avec le principe selon lequel les dommages-intérêts doivent reposer sur une cause d'action*

Des dommages-intérêts ne peuvent être réclamés que pour une faute qui donne ouverture à un droit d'action et donc à une indemnisation: *Brown c. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police* (1983), 43 O.R. (2d) 113 (C.A.), conf. en partie (1982), 37 O.R. (2d) 277 (H.C.). Étant donné que, dans une action pour congédiement injustifié, la faute qui donne ouverture à indemnisation est le défaut de donner un préavis raisonnable de manière à permettre à l'employé de se trouver un autre emploi, le demandeur qui a gain de cause n'aura droit qu'à des dommages-intérêts découlant de cette faute.

Il s'ensuit que, dans une action pour manquement à l'obligation contractuelle de donner un préavis raisonnable, les seuls dommages-intérêts qui peuvent être accordés sont ceux liés aux perspectives de réemploi. Les autres fautes doivent être réparées autrement.

3. *Compatibilité avec la jurisprudence*

Ce n'est pas la première fois que notre Cour étudie la question de savoir si les dommages-intérêts liés au mode de congédiement peuvent prolonger la période de préavis sur laquelle se fondent les dommages-intérêts pour congédiement injustifié. C'est précisément ce que notre Cour a refusé de faire dans l'arrêt *Vorvis*, précité.

Comme en l'espèce, le demandeur dans l'affaire *Vorvis* réclamait des dommages-intérêts pour congédiement injustifié ainsi que des dommages-inté-

result of his employer's callous treatment of him around the time of dismissal. The Court affirmed the long-standing principle that damages for wrongful dismissal (as opposed to other wrongs) were confined to loss flowing from the absence of reasonable notice of termination. McIntyre J. for the majority, citing *Addis v. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), and *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper*, [1966] S.C.R. 673, aff'g (1965), 56 D.L.R. (2d) 117 (B.C.C.A.), stated (at p. 1103):

The rule long established in the *Addis* and *Peso Silver Mines* cases has generally been applied to deny [aggravated] damages, and the employer/employee relationship . . . has always been one where either party could terminate the contract of employment by due notice, and therefore the only damage which could arise would result from a failure to give such notice.

This said, McIntyre J. left open the possibility that aggravated damages could be awarded in a case of wrongful dismissal, "particularly where the acts complained of were also independently actionable" (p. 1103).

It is argued that this phrase means that the notice period on which damages for wrongful dismissal are predicated may be increased to reflect the manner of dismissal, even where it did not affect the prospects of re-employment. This submission seems to me to read a great deal into the phrase. It seems to me more likely that McIntyre J., without closing the door on the possibility of aggravated damages in a contractual action for wrongful dismissal (for example, in a case where manner of dismissal impacts on prospects of re-employment), was of the view that generally, aggravated damages would arise only where the acts were independently actionable. This is consistent with the long-standing distinction affirmed in *Vorvis* between damages for breach of the contractual duty to give reasonable notice of termination and other independent causes of action which may give

rêts pour les souffrances morales que lui avait causées la façon brutale dont son employeur l'avait traité à l'époque de son renvoi. Notre Cour a confirmé le principe de longue date selon lequel les dommages-intérêts pour congédiement injustifié (contrairement à ceux découlant d'un autre acte fautif) étaient limités à la perte résultant de l'absence de préavis raisonnable de cessation d'emploi. Le juge McIntyre a, au nom de la Cour à la majorité, cité les arrêts *Addis c. Gramophone Co.*, [1909] A.C. 488 (H.L.), et *Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) c. Cropper*, [1966] R.C.S. 673, conf. (1965), 56 D.L.R. (2d) 117 (C.A.C.-B.), et déclaré, à la p. 1103:

On a généralement appliqué la règle établie depuis longtemps dans les arrêts *Addis* et *Peso Silver Mines* pour refuser l'attribution de [...] dommages-intérêts [majorés]. Dans les relations entre employeur et employés [...], il a toujours été loisible à l'une ou l'autre des parties de résilier le contrat de travail moyennant un préavis raisonnable et, en conséquence, le seul préjudice qui pourrait en découler serait celui qui résulte de l'omission de donner ce préavis.

Cela dit, le juge McIntyre n'a pas tranché la question de la possibilité d'accorder des dommages-intérêts majorés en cas de congédiement injustifié, «surtout quand les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d'action» (p. 1103).

On soutient que ces propos signifient que la période de préavis sur laquelle reposent les dommages-intérêts pour congédiement injustifié peut être prolongée de manière à tenir compte du mode de congédiement, même lorsqu'il n'a aucune incidence sur les perspectives de réemploi. Cet argument me paraît dépasser largement le sens de ces propos. Il me semble plus probable que le juge McIntyre, sans écarter la possibilité d'accorder des dommages-intérêts majorés dans le cadre d'une action contractuelle pour congédiement injustifié (par exemple, lorsque le mode de congédiement a une incidence sur les perspectives de réemploi), était d'avis que, généralement, l'attribution de dommages-intérêts majorés ne serait possible que lorsque les actes reprochés donneraient eux-mêmes ouverture à un droit d'action. Cette interprétation est compatible avec la distinction de longue date,

125

126

rise more generally to damages for manner of dismissal. On this view, the first source of damages is the traditional wrongful dismissal action compensating for the failure to give reasonable notice. The second source of damages are actions for independently actionable wrongs. The manner of dismissal may figure in both types of action: in the former, where it impacts on prospects of re-employment; in the latter more generally. When it does so, additional aggravated damages may be awarded if the employer's conduct was so "harsh, vindictive, reprehensible and malicious" that damages representing punishment in addition to compensation should be awarded.

confirmée dans l'arrêt *Vorvis*, entre les dommages-intérêts pour manquement à l'obligation contractuelle de donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi et d'autres causes d'action indépendantes pouvant donner ouverture de façon plus générale à des dommages-intérêts découlant du mode de congédiement. Selon ce point de vue, la première source de dommages-intérêts est l'action traditionnelle pour congédiement injustifié visant l'indemnisation de l'absence de préavis raisonnable. La deuxième source de dommages-intérêts comprend les actions fondées sur une faute dont elle-même ouverture à un droit d'action. Le mode de congédiement peut entrer dans ces deux catégories d'actions: dans la première, s'il a une incidence sur les perspectives de réemploi; dans la dernière, de façon plus générale. Le cas échéant, des dommages-intérêts majorés supplémentaires peuvent être accordés si le comportement de l'employeur était «dur, vengeur, répréhensible et malicieux» au point de commander l'attribution de dommages-intérêts représentant une punition en plus d'une indemnisation.

127 In conclusion, it seems to me that the general principle underlying *Vorvis* is that damages for wrongful dismissal are confined to damages for breach of the implied obligation on the employer to give reasonable notice. Unless the manner of termination increased the time required to find new employment and hence the notice period, damages for manner of dismissal must be grounded in an independent cause of action.

En conclusion, il me semble que le principe général qui sous-tend l'arrêt *Vorvis* veut que les dommages-intérêts pour congédiement injustifié se limitent aux dommages-intérêts découlant du manquement à l'obligation implicite de l'employeur de donner un préavis raisonnable. L'attribution de dommages-intérêts résultant du mode de congédiement doit reposer sur une cause d'action indépendante, sauf si ce mode de congédiement a prolongé le délai nécessaire pour trouver un nouvel emploi et, partant, la période de préavis.

128 The view I propose is also consistent with the language and spirit of *Bardal*, *supra*. Each of the *Bardal* factors indicate something about the future employment prospects of the particular employee: Christie et al., *supra*, at pp. 611-20. The factor "availability of other employment" clearly relates to the extent of difficulty the employee can expect to confront when searching for new employment. The "characteristics of the job" are considered because of the hypothesis that employees in the higher echelon of employment positions will be less able to find alternative employment because

Le point de vue que je propose est aussi compatible avec la lettre et l'esprit de l'arrêt *Bardal*, précité. Chacun des facteurs énumérés dans l'arrêt *Bardal* fournit un indice quant aux perspectives d'emploi de l'employé en cause: Christie et autres, *op. cit.*, aux pp. 611 à 620. Le facteur de la «possibilité de trouver un autre emploi» est directement relié au degré de difficulté que l'employé peut s'attendre à éprouver dans la recherche d'un nouvel emploi. Les «caractéristiques de l'emploi» sont prises en compte en raison de l'hypothèse selon laquelle les employés qui occupent un poste à

there are fewer job openings available in these positions. Although the “length of service” is potentially considered for a number of reasons, one rationale for considering this factor is that “longer seniority-rated employees are likely to be older and therefore less able to find alternative employment”(Christie et al., *supra*, at p. 618). This also explains why the “age of the employee” is considered.

Finally, the view I endorse is consistent with *Vorvis* and *Bardal* read together. To extend the factors in *Bardal* to include matters unrelated to prospects of re-employment is to effectively collapse the distinction affirmed in *Vorvis* between the cause of action for breach of the contractual duty to give reasonable notice of termination and independent causes of action for other employer wrongs.

I conclude that the authorities support the following position. If the employer dismisses an employee in a manner that negatively affects the employee’s chances of finding alternative employment, a court may properly increase the employee’s period of reasonable notice to reflect that increased difficulty. Otherwise, the reasonable notice assessment should not be increased to compensate for employer misconduct in the manner of dismissal. Compensation for such injuries must be founded on an independent cause of action.

4. *Certainty and Predictability*

As earlier noted, the fact that some courts in the past have considered factors unrelated to prospects of re-employment in determining the notice period upon which damages for wrongful dismissal are based, has rendered the law “uncertain and unpre-

l’échelon supérieur seront moins en mesure de trouver un autre emploi parce que les postes offerts à cet échelon sont plus rares. L’«ancienneté» peut être considérée pour un certain nombre de raisons, mais une raison de prendre en compte ce facteur est que [TRADUCTION] «les employés qui ont le plus d’ancienneté seront vraisemblablement plus âgés et donc moins en mesure de se trouver un autre emploi» (Christie et autres, *op. cit.*, à la p. 618). Cela explique aussi pourquoi l’«âge de l’employé» doit être considéré.

Enfin, le point de vue que j’adopte est compatible avec les arrêts *Vorvis* et *Bardal*, interprétés ensemble. Élargir les facteurs énoncés dans l’arrêt *Bardal* de manière à inclure des questions qui n’ont rien à voir avec les perspectives de réemploi revient, en fait, à provoquer l’effondrement de la distinction, confirmée dans l’arrêt *Vorvis*, entre la cause d’action fondée sur le manquement à l’obligation contractuelle de donner un préavis raisonnable de cessation d’emploi et les causes d’action indépendantes fondées sur une autre faute de l’employeur.

Je conclus que la jurisprudence appuie le point de vue suivant. Si l’employeur congédie un employé d’une manière qui a un effet négatif sur ses chances de trouver un autre emploi, une cour peut à bon droit prolonger la période de préavis raisonnable dont bénéficie l’employé, de manière à tenir compte de cette difficulté accrue. Autrement, la période de préavis raisonnable ne devrait pas être prolongée pour compenser le comportement répréhensible que l’employeur a adopté en procédant au congédiement. L’indemnisation d’un tel préjudice doit s’appuyer sur une cause d’action indépendante.

4. *Certitude et prévisibilité*

Comme nous l’avons vu, le droit est devenu «incertain et imprévisible» du fait que certains tribunaux ont, dans le passé, tenu compte de facteurs qui n’avaient rien à voir avec les perspectives de réemploi pour déterminer la période de préavis sur

129

130

131

dictable”: Christie et al., *supra*, at p. 611. To continue on this path by allowing conduct unrelated to the prospects of employment to affect the notice period would only increase that uncertainty and unpredictability. It would confront employers and judges seeking to establish the reasonable notice period under the contract with new and difficult questions unrelated to the wrong of failure to give reasonable notice. What sort of employer conduct is capable of increasing the notice period? How much time should be added for a particular sort of misconduct? The absence of a legal basis in the action for wrongful dismissal for the increased damages on account of manner of dismissal would make it difficult to provide principled and consistent answers to these questions.

132 Confining the factors considered in determining reasonable notice to matters impacting on the prospect of finding replacement employment will increase the predictability of wrongful dismissal law, making it easier for employers to anticipate the length of notice a particular employee is likely to receive. To require the employer to take into account undefined conduct not related to these factors in determining the length of notice is to complicate and render less precise the inquiry into the appropriate notice period.

5. The Availability of Other Remedies

133 It is argued that employer misconduct in the manner of dismissal not affecting prospects of re-employment must be taken into account in calculating the notice period in order to avoid injustice and provide an adequate remedy to the employee in a case such as this. The answer to this argument is that the law affords other remedies for employer misconduct in these circumstances.

laquelle reposent les dommages-intérêts pour congédiement injustifié: Christie et autres, *op. cit.*, à la p. 611. Persister dans cette voie en permettant qu'un comportement qui n'a rien à voir avec les perspectives d'emploi influe sur la période de préavis ne ferait qu'accroître cette incertitude et cette imprévisibilité. En tentant d'établir la période de préavis raisonnable selon le contrat, les employeurs et les juges buteraient sur de nouvelles questions épineuses qui n'ont rien à voir avec la faute de l'omission de donner un préavis raisonnable. Quel type de comportement de la part de l'employeur est susceptible de prolonger la période de préavis? Quel délai devrait être ajouté pour un type particulier de comportement répréhensible? Il serait difficile, dans une action pour congédiement injustifié, de donner à ces questions des réponses structurées et cohérentes en l'absence de fondement juridique justifiant l'attribution de dommages-intérêts majorés pour la manière dont le congédiement a été effectué.

En limitant les facteurs dont il est tenu compte pour déterminer la période de préavis raisonnable aux questions qui ont une incidence sur la possibilité de trouver un autre emploi, on obtiendra un droit plus prévisible en matière de congédiement injustifié, ce qui aidera les employeurs à prévoir la longueur du préavis qu'un employé recevra vraisemblablement. Demander à l'employeur de prendre en compte un comportement indéterminé qui n'a rien à voir avec ces facteurs, pour fixer la longueur du préavis, a pour effet de rendre plus complexe et moins précis l'examen de ce qui constitue une période de préavis appropriée.

5. La possibilité d'exercer d'autres recours

On soutient qu'en calculant la période de préavis afin d'éviter une injustice et de garantir une réparation adéquate à l'employé qui se trouve dans une situation comme celle qui existe en l'espèce, il faut tenir compte du comportement répréhensible qui n'a aucune incidence sur les perspectives de réemploi, que l'employeur a adopté en procédant au congédiement. Pour répondre à cet argument, il suffit de préciser que le droit offre d'autres recours relativement au comportement répréhensible que l'employeur adopte dans ces circonstances.

The law of tort and contract recognizes a number of independent causes of action for misconduct in dismissing an employee. If the employer defames the employee or wilfully inflicts mental distress, the employee can sue in tort. If the employer has lured the employee from a secure position with promises of better terms, the employee may be able to sue in tort for negligent misrepresentation or for breach of an express contractual term. Finally, unfair treatment at the time of dismissal may give rise to an action for breach of an implied term in the contract of employment.

The law has now developed to the point that to these traditional actions may now be added another: breach of an implied contractual term to act in good faith in dismissing an employee. I agree with Iacobucci J. that an employer must act in good faith and in fair dealing when dismissing employees, and more particularly that “employers ought to be candid, reasonable, honest and forthright with their employees and should refrain from engaging in conduct that is unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive” (para. 98). I also agree that this obligation does not extend to prohibiting employers from dismissing employees without “good faith” reasons; such an extension of employment law would be “overly intrusive and inconsistent with established principles of employment law” (para. 76). Both employer and employee remain free to terminate the contract of employment without cause. This is not inconsistent with the duty of good faith. While some courts have recognized employer obligations of good faith outside of the dismissal context (see below), this case does not require us to go beyond the context of dismissal.

Le droit en matière de responsabilité délictuelle et contractuelle reconnaît l'existence d'un certain nombre de causes d'action indépendantes pour le comportement répréhensible adopté en congédiant un employé. Si l'employeur diffame l'employé ou lui cause volontairement des souffrances morales, l'employé peut intenter contre lui une action fondée sur la responsabilité délictuelle. Si l'employeur a incité l'employé à quitter un emploi stable en lui promettant de meilleures conditions de travail, l'employé peut éventuellement intenter une action fondée sur la responsabilité délictuelle pour déclaration inexacte faite par négligence, ou intenter une action pour violation d'une condition contractuelle expresse. Enfin, un traitement inéquitable au moment du congédiement peut donner ouverture à une action pour violation d'une condition implicite du contrat de travail.

134

Le droit a évolué au point qu'il est maintenant possible d'ajouter un nouveau recours à ces actions traditionnelles: l'action pour manquement à une obligation contractuelle implicite d'agir de bonne foi en congédiant un employé. Je suis d'accord avec le juge Iacobucci pour dire qu'un employeur a une obligation d'agir de bonne foi et de manière équitable lorsqu'il congédie des employés, et plus particulièrement que «les employeurs doivent être francs, raisonnables et honnêtes avec leurs employés et éviter de se comporter de façon inéquitable ou de faire preuve de mauvaise foi en étant, par exemple, menteurs, trompeurs ou trop implacables» (par. 98). Je suis également d'accord pour dire que cette obligation ne va pas jusqu'à empêcher les employeurs de congédier leurs employés sans motif de «bonne foi», car pareil élargissement du droit du travail serait «trop envahissant et incompatible avec les principes reconnus du droit régissant la relation employeur-employé» (par. 76). L'employeur et l'employé demeurent tous les deux libres de résilier sans motif le contrat de travail. Cela n'est pas incompatible avec l'obligation de bonne foi. Bien que certains tribunaux aient reconnu l'obligation de l'employeur d'agir de bonne foi dans d'autres contextes que celui du congédiement d'un employé (voir plus loin), nous n'avons pas, en l'espèce, à aller au-delà du contexte du congédiement.

135

136 I differ from my colleague, however, in that I see no reason why the expectation of good faith in dismissing employees that he accepts should not be viewed as an implied term of the contract of employment. To assert the duty of good faith in dismissing employees as a proposition of law, as does my colleague, is tantamount to saying that it is an obligation implied by law into the contractual relationship between employer and employee. In other words, it is an implied term of the contract.

137 Implication of this term meets the test set out by this Court in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711. Le Dain J., for the majority, held that terms may be implied on the basis of custom or usage, presumed intention, and as legal incidents of a particular class or kind of contract, the nature and content of which have to be largely determined by implication. Whereas the implication of a term based on presumed intention must be necessary "to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the 'officious bystander' test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed" (p. 775), the implication of a term as legal incident need only be necessary in the sense that it is required by the nature of the contract rather than the presumed intentions of the particular parties.

138 This is the type of implication that is involved in the proposed obligation of good faith. As Iacobucci J. points out, employment contracts have characteristics quite distinct from other types of contracts as a result of the often unequal bargaining power typically involved in the relationship. This results in employee vulnerability — a vulnerability that is especially acute at the time of dismissal. The nature of the relationship thereby

Cependant, mon opinion diverge de celle de mon collègue en ce sens que je ne vois aucune raison de ne pas considérer comme une condition implicite du contrat de travail l'attente, dont il reconnaît l'existence, que l'on fasse preuve de bonne foi en congédiant un employé. Affirmer que l'obligation de faire preuve de bonne foi en congédiant un employé est un principe de droit, comme le fait mon collègue, revient à affirmer qu'il s'agit d'une obligation que le droit inclut implicitement dans les relations contractuelles entre l'employeur et l'employé. En d'autres termes, il s'agit d'une condition implicite du contrat.

L'inclusion de cette condition implicite satisfait au critère énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711. Le juge Le Dain a statué, au nom de la Cour à la majorité, qu'il est possible d'inclure des conditions implicites fondées sur la coutume ou l'usage, sur l'existence d'une intention présumée et en tant que particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats, dont la nature et la teneur doivent être déduits dans une large mesure. Si l'inclusion d'une condition implicite fondée sur l'existence d'une intention présumée doit être nécessaire «pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de "l'observateur objectif", terme dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu'elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise» (p. 775), l'inclusion d'une condition implicite en tant que particularité juridique doit seulement être nécessaire en ce sens qu'elle est requise par la nature du contrat plutôt qu'en raison de l'intention présumée des parties en cause.

C'est ce type d'inclusion d'une condition implicite qui est en cause dans l'obligation de bonne foi proposée. Comme le souligne le juge Iacobucci, les contrats de travail comportent des caractéristiques fort différentes des autres types de contrats en raison du pouvoir de négociation souvent inégal des parties en cause dans ce genre de relation. Cela rend l'employé vulnérable, et ce, d'autant plus lors d'un congédiement. La nature de cette relation

necessitates some measure of protection for the vulnerable party. Requiring employers to treat their employees with good faith at the time of dismissal provides this special measure of protection. It follows that an implied term is necessary in the sense required to justify implication of a contractual term by law.

Recognition of an implied term in the employment contract of good faith in relation to the dismissal of employees is supported by previous decisions, academic commentary and related developments in other areas of contract law. I turn first to previous decisions. The British Columbia Court of Appeal, *per* Braidwood J.A. affirmed a duty of good faith in dismissal in *Deildal v. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214 (although the case was ultimately decided on other grounds, as the parties had not argued the point). Deildal suffered mental distress and damage to his professional reputation and career prospects as a result of the manner of dismissal. Braidwood J.A. held that in such circumstances two actions lay: one for breach of the implied contractual term of reasonable notice of termination, the other for breach of a duty to act in good faith in dismissing the plaintiff. In support of the latter, he wrote (at para. 77):

The contract under consideration here is not a simple commercial exchange in the marketplace of goods and services. A contract of employment is typically of longer term and more personal in nature than most contracts, and involves greater mutual dependence and trust, with a correspondingly greater opportunity for harm or abuse. It is quite logical to imply that the parties to such a contract would, if they turned their minds to the issue, mutually agree that they would take reasonable steps to protect each other from such harm, or at least would not deliberately and maliciously avail themselves of an opportunity to cause it.

commande donc que la partie vulnérable bénéficie d'une certaine protection. Exiger des employeurs qu'ils fassent preuve de bonne foi dans leur manière de traiter leurs employés au moment de les congédier fournit cette protection spéciale. Il s'ensuit qu'une condition implicite est nécessaire au sens requis pour justifier que le droit intègre implicitement une condition au contrat

La reconnaissance de l'existence, dans le contrat de travail, d'une condition implicite de bonne foi en matière de congédiement d'employés trouve appui dans la jurisprudence, dans la doctrine et dans l'évolution connexe d'autres domaines du droit des contrats. J'examinerai d'abord la jurisprudence. Le juge Braidwood de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé l'existence d'une obligation de bonne foi lors d'un congédiement dans l'arrêt *Deildal c. Tod Mountain Development Ltd.* (1997), 91 B.C.A.C. 214 (quoique, en définitive, l'affaire ait été tranchée en fonction d'autres moyens, étant donné que les parties n'avaient pas fait valoir ce point). Deildal a éprouvé des souffrances morales et subi une atteinte à sa réputation professionnelle et à ses perspectives de carrière en raison de la façon dont il a été congédié. Le juge Braidwood a statué que deux actions pouvaient être intentées en pareil cas: l'une, pour violation de la condition contractuelle implicite du préavis raisonnable de cessation d'emploi, l'autre, pour manquement à l'obligation d'agir de bonne foi en congédiant le demandeur. Il a écrit ceci à l'appui du deuxième type d'action (au par. 77):

[TRADUCTION] Le contrat à l'étude en l'espèce ne constitue pas un simple échange commercial sur le marché des biens et services. Habituellement, un contrat de travail a une durée plus longue et est de nature plus personnelle que la plupart des contrats, et il implique un degré plus élevé de dépendance et de confiance mutuelles, ce qui engendre, en contrepartie, un risque accru d'abus et de préjudice. Il est tout à fait logique de déduire que les parties à un tel contrat conviendraient, si elles réfléchissaient à la question, de prendre des mesures raisonnables pour se protéger mutuellement d'un tel préjudice ou, à tout le moins, qu'elles ne saisiraient pas délibérément et avec malveillance l'occasion de le causer.

The decision of Gibbs J.A., dissenting, was consistent with this view.

La dissidence du juge Gibbs était compatible avec ce point de vue.

140

In affirming an implied contractual obligation of good faith in termination of employment in *Deildal, supra*, Braidwood J.A. relied on New Zealand cases upholding such a duty: viz. *Whelan v. Waitaki Meats Ltd.*, [1991] 2 N.Z.L.R. 74 (H.C.), approved by the New Zealand Court of Appeal in *Ogilvy & Mather (New Zealand) Ltd. v. Turner*, [1994] 1 N.Z.L.R. 641, and often followed. In *Whelan*, Gallen J. approached the possibility of implying terms into the contract by examining the particular circumstances of the employment relationship (at pp. 89-90):

Dans l'arrêt *Deildal*, précité, le juge Braidwood a confirmé l'existence d'une obligation contractuelle implicite de bonne foi en matière de cessation d'emploi, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Nouvelle-Zélande qui confirme l'existence d'une telle obligation, c'est-à-dire l'arrêt *Whelan c. Waitaki Meats Ltd.*, [1991] 2 N.Z.L.R. 74 (H.C.), approuvé par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Ogilvy & Mather (New Zealand) Ltd. c. Turner*, [1994] 1 N.Z.L.R. 641, et souvent suivi. Dans l'arrêt *Whelan*, aux pp. 89 et 90, le juge Gallen a évalué la possibilité d'inclure des conditions implicites dans le contrat en examinant les circonstances particulières de la relation entre l'employeur et l'employé:

In this case as I have already concluded, the plaintiff occupied a senior position with substantial responsibilities. . . . The nature and extent of his service was such that combined with the position he held, I think he was entitled to assume that he would be treated by his employer in such a manner as to enable him to retain his dignity within the community and not to have his status affected by a precipitate act open to misinterpretation. I think these matters taken together become implied terms of his contract of service with the defendant and that the defendant in the circumstances in its turn had an obligation to observe them. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] En l'espèce, comme je l'ai déjà conclu, le demandeur occupait un poste de niveau supérieur comportant des responsabilités importantes. [. . .] En raison de la nature de ses états de service, combinée au poste qu'il occupait, je pense qu'il avait le droit de présumer que son employeur le traiterait d'une manière qui lui permettrait de conserver sa dignité dans la collectivité et de ne pas voir sa situation aggravée par un acte précipité risquant d'être mal interprété. Je crois que, dans l'ensemble, ces questions deviennent des conditions implicites de son contrat de louage de services avec le défendeur et que ce dernier avait, pour sa part, l'obligation de les respecter. [Je souligne.]

The employer having treated the plaintiff in a manner that caused "undue mental distress, anxiety, humiliation, loss of dignity and injury to his feelings" (p. 90), Gallen J. awarded damages for both the failure to provide reasonable notice and the manner of dismissal.

Vu que l'employeur avait traité le demandeur d'une manière qui lui avait causé [TRADUCTION] «indûment des problèmes de souffrances morales, d'angoisse, d'humiliation, de vexation et de perte de dignité» (p. 90), le juge Gallen a accordé des dommages-intérêts à la fois pour l'omission de donner un préavis raisonnable et pour la manière dont le congédiement a été effectué.

141

Canadian courts have frequently found aspects of an obligation of good faith in dismissing employees. Trainor J. in *Carrick v. Cooper Canada Ltd.* (1983), 2 C.C.E.L. 87 (Ont. H.C.), concluded that an employer owed a duty to an employee to treat him with concern and common decency. Similarly, Gomery J. of the Quebec Superior Court in *Bernardin v. Alitalia Air Lines*

Les tribunaux canadiens ont souvent reconnu certains aspects d'une obligation de bonne foi lors du congédiement d'employés. Dans *Carrick c. Cooper Canada Ltd.* (1983), 2 C.C.E.L. 87 (H.C. Ont.), le juge Trainor a conclu qu'un employeur avait le devoir de traiter son employé avec égard et respect. De même, dans *Bernardin c. Alitalia Air Lines* (1993), 50 C.C.E.L. 156, aux pp. 162 et 163,

(1993), 50 C.C.E.L. 156, at pp. 162-63, held that an employer terminating the employment relationship is under a duty to do so in a manner which will not cause the employee undue anxiety. Other courts have introduced a duty of procedural fairness in dismissal situations under the rubric of determining whether or not there is "just cause" for summary dismissal: Christie et al., *supra*, at p. 416. Still other courts have held that where the employment contract contains express provisions conferring discretionary powers on the employer, such discretion must be exercised reasonably and in good faith; e.g. *Cohnstaedt v. University of Regina*, [1989] 1 S.C.R. 1011, at p. 1019; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.), at p. 764, leave to appeal refused, [1985] 2 S.C.R. ix; *Truckers Garage Inc. v. Krell* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 157 (Ont. C.A.), at p. 164. It has also been held that the employer owes to an employee a duty of procedural fairness which, *inter alia*, entitles the worker to be interviewed honestly and in a non-hostile fashion about her alleged deficiencies before dismissal can be invoked: *Doyle v. London Life Insurance Co.* (1985), 23 D.L.R. (4th) 443 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. x. See also: *Shiloff v. R.* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 177 (F.C.T.D.).

The weight of academic commentary supports the judicial imposition of a duty of good faith in dismissing employees. Christie et al., *supra*, suggest that "[t]he implied promise to treat the employee with decency and dignity in job exit situations offers the greatest potential in compensating for mental distress" (p. 750).

Similarly, Professor Schai (in "Aggravated Damages and the Employment Contract" (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345) opines that "an implied contractual condition of good faith is the best device by which the law can compensate for the psychological injuries received in the wrongful dismissal of an employee" (p. 349). He writes (at p. 363):

An implied condition of good faith will serve two masters. Principally, it will serve as a device of compen-

le juge Gomery de la Cour supérieure du Québec a statué qu'un employeur qui met fin à la relation avec un employé a le devoir de le faire d'une manière qui ne cause pas trop d'anxiété à cet employé. D'autres tribunaux ont inclus un devoir d'équité procédurale dans le contexte d'un congédiement lors de l'examen de la question de savoir s'il existait un «motif valable» de congédiement sommaire: Christie et autres, *op. cit.*, à la p. 416. D'autres tribunaux, encore, ont décidé que, lorsqu'un contrat de travail confère expressément des pouvoirs discrétionnaires à l'employeur, celui-ci doit les exercer raisonnablement et de bonne foi; voir, par exemple, *Cohnstaedt c. Université de Regina*, [1989] 1 R.C.S. 1011, à la p. 1019; *Greenberg c. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.), à la p. 764, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 2 R.C.S. ix; *Truckers Garage Inc. c. Krell* (1993), 3 C.C.E.L. (2d) 157 (C.A. Ont.), à la p. 164. Il a également été décidé qu'un employeur a, envers un employé, une obligation d'équité procédurale qui donne notamment à l'employé le droit d'être interrogé honnêtement et de manière non hostile au sujet de ses prétendues lacunes avant d'être congédié: *Doyle c. London Life Insurance Co.* (1985), 23 D.L.R. (4th) 443 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. x. Voir aussi: *Shiloff c. R.* (1994), 6 C.C.E.L. (2d) 177 (C.F. 1^{re} inst.).

Le poids de la doctrine appuie l'imposition par les tribunaux d'une obligation de faire preuve de bonne foi lors du congédiement d'employés. Christie et autres, *op. cit.*, laisse entendre que [TRADUCTION] «[l]a promesse implicite de traiter un employé avec respect et dignité dans des situations de cessation d'emploi offre les meilleures chances d'indemnisation des souffrances morales» (p. 750).

De même, le professeur Schai (dans «Aggravated Damages and the Employment Contract» (1991), 55 *Sask. L. Rev.* 345) exprime l'avis qu'[TRADUCTION] «une condition contractuelle implicite de bonne foi constitue le meilleur moyen pour le droit d'indemniser un employé du préjudice psychologique qu'il subi en étant congédié de façon injustifiée» (p. 349). Il écrit ceci, à la p. 363:

[TRADUCTION] Une condition implicite de bonne foi sera utile de deux façons. Elle servira principalement de

142

143

sation for persons injured by the callous and malicious treatment of their employers. Secondly, and from a perspective of aggravated damages awards, of lesser importance, is the role of deterrence.

moyen d'indemniser les personnes lésées par la manière brutale et malveillante dont leur employeur les a traitées. Elle jouera en outre, du point de vue de l'attribution de dommages-intérêts majorés, un rôle de dissuasion moins important.

144 To similar effect, G. England notes that implying an employer obligation of good faith would provide symmetry to this area of the law since employees already owe their employers a duty to act reasonably in the best interests of their employer: "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1995), 20 *Queen's L.J.* 557.

Dans la même veine, G. England note que l'imposition à l'employeur d'une obligation implicite de bonne foi assurerait la symétrie de ce domaine du droit car les employés ont déjà, envers leur employeur, le devoir d'agir raisonnablement dans son intérêt: «Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm» (1995), 20 *Queen's L.J.* 557.

145 Finally, implication of an implied contractual obligation of good faith in dismissing an employee is consistent with the recognition of an implied obligation of good faith and fair dealing in other areas of contract law, such as commercial contracts, insurance contracts and real estate contracts. (See S. K. O'Byrne, "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70; B. J. Reiter, "Good Faith in Contracts" (1983), 17 *Val. U. L. Rev.* 705, and E. P. Belobaba, "Good Faith in Canadian Contract Law", in *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 73.) It may also be noted that this Court has affirmed an implied contractual term of good faith and fair dealing under the civil law of Quebec: *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122.

Enfin, l'existence d'une obligation contractuelle implicite de faire preuve de bonne foi lors du congédiement d'un employé est compatible avec la reconnaissance d'une obligation implicite de bonne foi et de traitement équitable dans d'autres secteurs du droit des contrats, notamment en matière de contrats commerciaux, de contrats d'assurance et de contrats relatifs à des opérations immobilières. (Voir S. K. O'Byrne, «Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments» (1995), 74 *R. du B. can.* 70; B. J. Reiter, «Good Faith in Contracts» (1983), 17 *Val. U. L. Rev.* 705, et E. P. Belobaba, «Good Faith in Canadian Contract Law», dans *Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 73.) On peut également souligner que notre Cour a confirmé l'existence d'une condition contractuelle implicite de bonne foi et de traitement équitable en droit civil québécois: *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

146 In summary, it is my view that the law has evolved to the point of recognition of an implied contractual obligation of good faith in the contract of employment to treat the employee with good faith in dismissing him or her. To the extent that recognition of such a term may be seen as a new development, it falls within the scope of the incremental step-by-step revision approved in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 668. The action for breach of this duty supplements the independent causes of action in contract and tort

Somme toute, j'estime que le droit a évolué au point de reconnaître l'existence, dans les contrats de travail, d'une obligation contractuelle implicite de bonne foi en vertu de laquelle l'on est tenu de faire preuve de bonne foi envers l'employé en le congédiant. Dans la mesure où la reconnaissance d'une telle condition peut être perçue comme une nouveauté, elle est visée par la refonte progressive du droit approuvée dans *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 668. L'action pour manquement à cette obligation complète les causes

previously recognized to provide ample redress for wrongs such as those raised by the appellant without altering the traditional notice-based action for wrongful dismissal.

Application of the Law

After taking into account the enumerated *Bardal* factors and the fact that “the preemptory dismissal and the subsequent actions of the defendant made other employment in his field virtually unavailable” (p. 170), the trial judge fixed the period of reasonable notice at 24 months. The Court of Appeal reduced the notice period from 24 to 15 months on the basis that the trial judge may have allowed an element of aggravated damages to creep into his assessment and that recent awards in such cases had been getting too high. I do not agree. The trial judge proceeded on the basis of a careful assessment of the appellant’s prospects of re-employment. He considered no other factors. I see no reason to interfere in his assessment.

The appellant also claimed damages for mental distress, loss of reputation and prestige, and punitive damages. The trial judge concluded that it was the dismissal and events following thereafter that were mostly responsible for the mental anguish suffered by Mr. Wallace. These damages are compensable providing they flow from the employer’s failure to treat Mr. Wallace in good faith at the time of dismissal. The trial judge found bad faith conduct on the part of UGG in: (1) terminating Mr. Wallace in an abrupt manner after having complimented him numerous times prior to the dismissal; and (2) UGG’s decision to play hardball with Mr. Wallace by maintaining completely unfounded allegations of just cause up until the start of the trial which resulted in Mr. Wallace being essentially ostracized from the printing business. UGG thus breached the implied term of good faith and fair dealing by acting as it did at the time of dismissal. The damages claimed under the heading mental distress and loss of reputation are gen-

d’action indépendantes déjà reconnues en matière contractuelle et délictuelle et permet de remédier amplement à des actes fautifs comme ceux invoqués par l’appelant, sans modifier l’action traditionnelle pour congédiement injustifié fondée sur un préavis.

Application du droit

Après avoir tenu compte des facteurs énumérés dans l’arrêt *Bardal* et du fait que [TRADUCTION] «le congédiement péremptoire et les actes subséquents de la défenderesse lui ont fait perdre presque toute possibilité de trouver un emploi dans son domaine» (p. 170), le juge de première instance a fixé à 24 mois la période de préavis raisonnable. La Cour d’appel a ramené la période de préavis de 24 à 15 mois pour le motif que le juge de première instance avait pu laisser un élément de dommages-intérêts majorés se glisser dans son évaluation et que les dommages-intérêts accordés récemment dans ce type de cas devenaient trop élevés. Je ne suis pas d’accord. Le juge de première instance a tranché l’affaire en examinant soigneusement les perspectives de réemploi de l’appelant. Il n’a tenu compte d’aucun autre facteur. Je ne vois aucune raison de modifier son évaluation.

L’appelant a aussi réclamé des dommages-intérêts pour souffrances morales et perte de réputation et de prestige, ainsi que des dommages-intérêts punitifs. Le juge de première instance a conclu que c’est le congédiement et les événements qui ont suivi qui sont la principale cause de l’angoisse éprouvée par M. Wallace. Ce préjudice peut donner lieu à réparation à la condition de découler de l’omission de l’employeur de faire preuve de bonne foi envers M. Wallace au moment de son congédiement. Le juge de première instance a conclu que UGG avait fait preuve de mauvaise foi: (1) en congédiant M. Wallace brusquement après l’avoir félicité à maintes reprises avant son congédiement, et (2) en décidant de jouer dur avec M. Wallace en maintenant, jusqu’à l’ouverture du procès, des allégations de motif valable de congédiement qui n’étaient absolument pas fondées, de telle sorte que M. Wallace a été essentiellement banni du milieu de l’impression. UGG a donc violé la condition implicite de bonne foi et de traitement

eral damages flowing directly from the employer's breach of the implied term and are therefore compensable. Accordingly, I would uphold the trial judge's award of \$15,000 representing compensation for those additional damages.

149 I see no reason to interfere with the trial judge's conclusion that UGG did not engage in sufficiently "harsh, vindictive, reprehensible and malicious" conduct to merit an award representing punitive damages.

150 The parties agreed that the claim for mental distress and loss of reputation, viewed in tort, would be personal in nature and thus would not form part of the bankrupt's property divisible among creditors. The question arises whether an action for mental distress and loss of reputation founded on breach of an implied term of good faith in a contract is similarly personal in nature. In my view it is. The issue is not whether the action sounds in contract or tort, but whether the damages claimed are for personal loss as distinguished from proprietary loss. As affirmed in *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (Ont. C.A.), at p. 35 *per* Goodman J.A., "it is not the policy of the law to convert into money for the creditors the mental or physical anguish of the debtor". I therefore conclude that the appellant is not prevented from claiming damages for breach of the implied term because he was an undischarged bankrupt at the time the action was commenced.

151 I would dismiss the cross-appeal and allow the appeal with costs here and in the courts below and restore the trial judge's award of 24 months' salary representing damages for wrongful dismissal and \$15,000 representing compensation for mental distress and loss of reputation.

équitable en agissant comme elle l'a fait au moment du congédiement. Les dommages-intérêts pour souffrances morales et perte de réputation sont des dommages-intérêts généraux découlant directement de la violation de la condition implicite par l'employeur et peuvent donc être réclamés. En conséquence, je confirmerais l'indemnité de 15 000 \$ accordée par le juge de première instance pour ces préjudices additionnels.

Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance que UGG n'a pas adopté un comportement suffisamment «dur, vengeur, répréhensible et malicieux» pour justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs.

Les parties ont convenu que, sur le plan de la responsabilité délictuelle, la demande relative aux souffrances morales et à la perte de réputation serait de nature personnelle et ne ferait donc pas partie du patrimoine du failli attribué à ses créanciers. Il s'agit de savoir si une action pour souffrances morales et pour perte de réputation, fondée sur la violation d'une condition contractuelle implicite de bonne foi, est elle aussi de nature personnelle. À mon avis, elle l'est. Il s'agit de savoir non pas si l'action semble fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle, mais plutôt si les dommages-intérêts réclamés ont trait à une perte personnelle par opposition à une perte matérielle. Tel que confirmé par le juge Goodman dans *Re Holley* (1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17 (C.A. Ont.), à la p. 35, [TRADUCTION] «le droit n'a pas pour principe de convertir en argent destiné aux créanciers le malaise psychique ou physique résultant de l'anxiété éprouvée par le débiteur». Je conclus donc que l'appelant n'était pas privé du droit de réclamer des dommages-intérêts pour la violation de la condition implicite parce qu'il était un failli non libéré au moment où l'action a été intentée.

Je rejetterais le pourvoi incident et j'accueillerais le pourvoi principal avec dépens devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure, et je rétablirais les indemnités de 24 mois de salaire et de 15 000 \$ que le juge de première instance a accordées, respectivement, à titre de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et pour les souffrances morales et la perte de réputation.

Appeal allowed in part with costs, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Riley, Orle, Giesbrecht, Born, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Pourvoi principal accueilli en partie avec dépens, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Riley, Orle, Giesbrecht, Born, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

=

1



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 5, 1997 Vol. 3

5^e cahier, 1997 Vol. 3

Cited as [1997] 3 S.C.R. 767-923

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 767-923

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISELE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1998.

CONTENTS

**Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank
Canada 805**

Trusts and trustees — Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Insurance agent depositing premiums collected on insurer's behalf into bank account — Bank transferring funds to account of insurance agent's parent company to reduce overdraft — Whether bank liable for breach of trust on basis of knowing assistance or knowing receipt.

Godbout v. Longueuil (City)..... 844

Civil rights — Right to privacy — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether right to choose where to establish one's home falls within scope of right to privacy — Whether residence requirement

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1998.

SOMMAIRE

**Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque
Lloyds du Canada 805**

Fiducies et fiduciaires — Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Agent d'assurances déposant dans un compte bancaire les primes perçues au nom de l'assureur — Banque transférant des fonds au compte de la compagnie mère de l'agent d'assurances pour réduire un découvert — La banque est-elle responsable du manquement à une obligation fiduciaire pour l'aide apportée en connaissance de cause ou pour la réception en connaissance de cause?

Godbout c. Longueuil (Ville)..... 844

Libertés publiques — Droit au respect de la vie privée — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

infringes employee's right to privacy — If so, whether infringement justifiable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1.

Municipal law — Resolution — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether municipal resolution valid — Whether residence requirement infringing "right to privacy" in Quebec Charter and "right to liberty" in Canadian Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Judgments and orders — Rectificatory judgment — Damages — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — Court of Appeal's reasons indicating that no damages were awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — No holding to that effect in formal judgment — Whether Court of Appeal erred in issuing rectificatory judgment.

Civil procedure — Appeal — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — No damages awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — Whether Court of Appeal erred in not permitting employee to introduce evidence at appeal hearing in respect of damages between trial and appeal — Whether Court of Appeal erred in not requesting parties to submit additional argument on that issue — Whether Court of Appeal erred in not remanding issue of damages to Superior Court — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 523.

Gold v. Rosenberg..... 767

Trusts and trustees — Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Customer giving bank loan guarantee supported by collateral mortgage on trust property — Whether bank knowingly assisted in breach of trust — Whether bank liable for knowing receipt of trust property — Whether bank received trust property for its own use and benefit — Whether bank in breach of its duty to inquire.

SOMMAIRE (Fin)

tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — Le droit de choisir le lieu de sa résidence est-il visé par le droit au respect de la vie privée? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au droit au respect de la vie privée des employés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1.

Droit municipal — Résolution — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — La résolution est-elle valide? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au «droit au respect de [l]a vie privée» garanti par la Charte québécoise et au «droit à la liberté» garanti par la Charte canadienne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Jugements et ordonnances — Jugement rectificatif — Dommages-intérêts — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Motifs de la Cour d'appel indiquant qu'elle n'octroie pas de dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — Aucune conclusion à ce sujet dans le dispositif du jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rendant un jugement rectificatif?

Procédure civile — Appel — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Aucuns dommages-intérêts octroyés pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne permettant pas à l'employée de présenter, au cours de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires à ce sujet? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne renvoyant pas la question des dommages-intérêts à la Cour supérieure? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 523.

Gold c. Rosenberg..... 767

Fiducies et fiduciaires — Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Client donnant à la banque une garantie d'emprunt assortie d'une hypothèque subsidiaire sur un bien en fiducie — La banque a-t-elle sciemment aidé à commettre un manquement à une obligation fiduciaire? — La banque est-elle responsable de réception en connaissance de cause de biens en fiducie? — La banque a-t-elle reçu les biens en fiducie à ses propres usage et profit? — La banque a-t-elle manqué à son devoir de demander des renseignements?

Jeffrey Lorne Gold *Appellant*

v.

Primary Developments Limited and The Toronto-Dominion Bank *Respondents*

INDEXED AS: GOLD v. ROSENBERG

File No.: 25064.

1997: May 21; 1997: October 30.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Trusts and trustees — Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Customer giving bank loan guarantee supported by collateral mortgage on trust property — Whether bank knowingly assisted in breach of trust — Whether bank liable for knowing receipt of trust property — Whether bank received trust property for its own use and benefit — Whether bank in breach of its duty to inquire.

A testator died in 1985 and named his son, R, and his grandson, the appellant G, as executors and equal beneficiaries of the residue of his estate. The assets of the estate consisted primarily of commercial real estate held by two companies. Shortly after the testator's death, G signed a general power of attorney permitting R to continue his management of the estate companies, in which he was closely involved. The testator, the estate companies, R and a storage company owned by R all banked at the respondent bank. Overseeing all of these accounts was a single account manager, who was familiar with the details of the testator's will and had a copy of the power of attorney. In 1989 the bank agreed to make a loan to the storage company on condition that it received a guarantee from P, one of the estate companies, supported by a second collateral mortgage over property owned by P and a postponement of a mortgage held by the other estate company in favour of a new mortgage to the bank. The law firm which acted for the estate, the estate companies, R, the storage company and, on certain matters, the bank prepared a resolution of the directors of P and also drew up the form for a

Jeffrey Lorne Gold *Appellant*

c.

Primary Developments Limited et la Banque Toronto-Dominion *Intimées*

RÉPERTORIÉ: GOLD c. ROSENBERG

N° du greffe: 25064.

1997: 21 mai; 1997: 30 octobre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Fiducies et fiduciaires — Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Client donnant à la banque une garantie d'emprunt assortie d'une hypothèque subsidiaire sur un bien en fiducie — La banque a-t-elle sciemment aidé à commettre un manquement à une obligation fiduciaire? — La banque est-elle responsable de réception en connaissance de cause de biens en fiducie? — La banque a-t-elle reçu les biens en fiducie à ses propres usage et profit? — La banque a-t-elle manqué à son devoir de demander des renseignements?

Un testateur, décédé en 1985, avait nommé son fils R et son petit-fils, l'appellant G, exécuteurs et bénéficiaires à parts égales du reliquat de sa succession. Les biens de la succession consistaient principalement en des biens immeubles commerciaux détenus par deux compagnies. Peu après le décès du testateur, G a signé une procuration générale permettant à R de poursuivre la gestion des compagnies de la succession, à laquelle il avait participé de près. Le testateur, les compagnies de la succession, R et une compagnie d'entreposage appartenant à R avaient tous un compte à la banque intimée. Un seul directeur des comptes s'occupait de tous ces comptes, et il connaissait en détail le testament du testateur et possédait une copie de la procuration. En 1989, la banque a consenti un prêt à la compagnie d'entreposage à la condition de recevoir de P, l'une des compagnies de la succession, une garantie assortie d'une hypothèque subsidiaire de deuxième rang sur une propriété de P, et d'obtenir la cession de rang d'une hypothèque détenue par l'autre compagnie de la succession, en faveur d'une nouvelle hypothèque devant être consentie à la banque. Le cabinet d'avocats qui représentait la succession, les

guarantee. R signed both documents. The law firm sent an opinion letter to the bank stating that the guarantee complied with all legal requirements. The bank advanced its loan to the storage company, and G's signature was subsequently obtained on the directors' resolution. G later revoked the power of attorney and issued a statement of claim against R, P, the bank and the law firm seeking a declaration that the guarantee given to the bank by P was invalid and unenforceable. The bank cross-claimed against P, seeking enforcement of the guarantee. The trial judge imposed a constructive trust on the bank in favour of G and declared that the guarantee, the collateral mortgage and the postponement of the mortgage were unenforceable. The Court of Appeal allowed the bank's appeal and dismissed G's claim against the bank.

Held (La Forest, Cory and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, McLachlin and Major JJ.: Assuming the theory of knowing receipt liability should be entertained even though the case was presented and dealt with in both the trial court and the court of appeal as a knowing assistance case, when a bank receives a guarantee supported by a collateral mortgage on trust property, it has not received the trust property to its own use and benefit. In the context of knowing receipt cases, to receive trust property means, at a minimum, to take the trust property into one's possession. A guarantee is a contract whose performance is contingent on the default of the principal debtor. If the guarantor supports the guarantee with a mortgage on real property, the creditor only enjoys, at best, a contingent interest in that property.

Moreover, even if this is properly viewed as a knowing receipt case, the bank, knowing what it knew, acted reasonably in the circumstances and therefore cannot be found liable. An honest person with knowledge of the facts of this case would not have made further inquiries. Presumably the lawyers and the accountants who acted on the transaction would have affirmed its fairness if asked. If G had been asked about the guarantee, he would hardly have questioned it in view of the fact that he signed the resolution.

compagnies de la succession, R, la compagnie d'entreposage et, sur certaines questions, la banque, a préparé une résolution des administrateurs de P et un formulaire de garantie. R a signé les deux documents. Le cabinet d'avocats a envoyé à la banque une lettre d'opinion qui précisait que la garantie était conforme à toutes les exigences légales. La banque a consenti le prêt à la compagnie d'entreposage et la résolution des administrateurs a été, par la suite, signée par G. Ultérieurement, G a révoqué la procuration et déposé une déclaration contre R, P, la banque et le cabinet d'avocats, dans laquelle il sollicitait un jugement déclarant que la garantie donnée à la banque par P était invalide et inexécutoire. La banque a présenté une demande entre défendeurs contre P en vue d'obtenir l'exécution de la garantie. Le juge de première instance a imposé à la banque une fiducie par interprétation en faveur de G et a déclaré que la garantie, l'hypothèque subsidiaire et la cession de rang de l'hypothèque étaient inexécutoires. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la banque et rejeté l'action de G contre celle-ci.

Arrêt (les juges La Forest, Cory et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, McLachlin et Major: À supposer qu'il y ait lieu d'instruire la thèse de la responsabilité fondée sur la réception en connaissance de cause même si l'affaire a été présentée et traitée, en première instance et en appel, comme un cas d'aide apportée en connaissance de cause, lorsqu'une banque reçoit une garantie assortie d'une hypothèque subsidiaire sur des biens en fiducie, elle ne reçoit pas ces biens à ses propres usage et profit. Dans les cas de réception en connaissance de cause, la réception de biens en fiducie signifie, à tout le moins, le fait d'en prendre possession. La garantie est un contrat dont l'exécution dépend du défaut du débiteur principal. Si la caution assortit la garantie d'une hypothèque sur des biens immeubles, le créancier ne jouit, au mieux, que d'un droit éventuel sur ces biens.

En outre, même si la présente affaire est considérée à bon droit comme un cas de réception en connaissance de cause, la banque, compte tenu de ce qu'elle savait, a agi raisonnablement dans les circonstances et ne peut donc être tenue responsable. La personne honnête au courant des faits de la présente affaire n'aurait pas demandé d'autres renseignements. Les avocats et comptables qui ont préparé l'opération auraient vraisemblablement affirmé qu'elle était équitable, si on le leur avait demandé. Si l'on avait demandé à G ce qu'il pensait de la garantie, il ne l'aurait guère mise en question vu qu'il avait signé la résolution.

In certain circumstances, a third party in the position of the bank will not have discharged its duty to inquire unless the guarantor has been advised to obtain independent legal advice. When the transaction is clearly detrimental to the person offering security and the relationship between that person and the principal debtor is particularly close, the law presumes undue influence on the part of the principal debtor. A relationship that is more distant will raise less suspicion of undue influence, however, even if the transaction is apparently unfavourable to the guarantor. Consequently, less may be required to satisfy an honest and reasonable person that the surety or guarantor is aware of the legal implications of the proposed transaction. At the time G signed the resolution he had three years of university education in which he had taken courses in business, economics and accounting. The purpose of the guarantee was explained to him by R. In the circumstances, advising G to obtain independent legal advice goes beyond what is expected of an honest and reasonable banker.

Per Gonthier J.: While this case is one of knowing receipt of trust property, as found by Iacobucci J., the bank, knowing what it knew, acted reasonably in the circumstances, for the reasons given by Sopinka J.

Per La Forest, Cory and Iacobucci JJ. (dissenting): A breach of trust may give rise to liability in a person who is a stranger to the trust under the doctrine of "knowing assistance". As the name implies, the plaintiff must prove not only that the breach of trust was fraudulent and dishonest, but also that the defendant participated knowingly in that breach of trust. The knowledge requirement for this type of liability is actual knowledge. Assuming without deciding that R committed a dishonest and fraudulent breach of trust and that the bank participated in that breach of trust, G's claim in knowing assistance fails because of the failure to prove that the bank had actual knowledge of R's fraud. The opinion letter undoubtedly provided comfort to the bank that the guarantee was not tainted by fraud, and it therefore cannot be said that the bank had actual knowledge that the guarantee was obtained in breach of trust.

Depending upon considerations of notice, equity may also impose liability if the defendant received, in his or her own right, property obtained through breach of trust.

Dans certaines circonstances, un tiers dans la même position que la banque ne se sera acquitté de son obligation de se renseigner que si la caution s'est vu conseiller d'obtenir un avis juridique indépendant. Lorsque l'opération est manifestement préjudiciable à la personne qui offre le cautionnement et que le lien qui existe entre cette personne et le débiteur principal est particulièrement étroit, la loi suppose qu'il y a eu abus d'influence de la part du débiteur principal. Un lien plus éloigné éveillera moins de soupçons d'abus d'influence, même si l'opération est apparemment préjudiciable à la caution. En conséquence, il se peut qu'il soit plus facile de convaincre la personne honnête et raisonnable que la caution ou le garant connaît les conséquences juridiques de l'opération projetée. À l'époque où il a signé la résolution, G avait déjà passé trois années à l'université, pendant lesquelles il avait suivi des cours en affaires, en économie et en comptabilité. L'objet de la garantie lui a été expliqué par R. Dans les circonstances, recommander à G d'obtenir un avis juridique indépendant dépasse ce à quoi l'on s'attend d'un banquier honnête et raisonnable.

Le juge Gonthier: Même si, comme l'a conclu le juge Iacobucci, il s'agit, en l'espèce, d'un cas de réception en connaissance de cause de biens en fiducie, la banque, compte tenu de ce qu'elle savait, a agi raisonnablement dans les circonstances, et ce, pour les motifs exposés par le juge Sopinka.

Les juges La Forest, Cory et Iacobucci (dissidents): Le manquement à une obligation fiduciaire peut engager la responsabilité d'un tiers à la fiducie selon la règle de l'«aide apportée en connaissance de cause». Comme cette expression l'indique, le demandeur doit prouver non seulement que le manquement à une obligation fiduciaire a été frauduleux et malhonnête, mais encore que le défendeur y a participé sciemment. La connaissance requise pour ce type de responsabilité est la connaissance de fait. À supposer, sans en décider, que R ait commis un manquement malhonnête et frauduleux à une obligation fiduciaire et que la banque ait participé à ce manquement, l'action de G fondée sur l'aide apportée en connaissance de cause échoue en raison de l'absence de preuve que la banque avait une connaissance de fait de la fraude de R. La lettre d'opinion a sans doute rassuré la banque que la garantie n'était pas entachée de fraude et, par conséquent, on ne peut pas affirmer que la banque avait une connaissance de fait que la garantie était obtenue en violation d'une obligation fiduciaire.

Selon ce que l'on peut déduire quant à la connaissance, l'*equity* peut aussi imposer une responsabilité si le défendeur a reçu de son propre chef un bien obtenu

The essence of such a "knowing receipt" claim is that, by receiving the trust property, the defendant has been enriched at the plaintiff's expense. The claim, accordingly, falls within the law of restitution. A court may impose liability for knowing receipt even if the defendant acted with something less than actual knowledge of the breach of trust. The defendant cannot retain the property in question if it was acquired in circumstances which would have alerted a reasonable person to the possibility of a breach of trust. The claim in knowing receipt is essentially a proprietary one and a recipient of trust property may be liable as a constructive trustee if, having notice of a possible breach of trust, he failed to make the appropriate inquiries.

Even if one takes the position that the guarantee provided by P, supported by a collateral mortgage over property owned by P, does not constitute trust property, the benefit conferred on the bank and the resulting loss in value suffered by the estate are sufficient to bring the guarantee within the knowing receipt category of liability. Furthermore, in the present action, the bank has attempted to enforce the guarantee against P. If the guarantee is enforced, then the bank will clearly receive property.

The guarantee was subject to a trust in favour of G, and the bank took possession of it in its own right in breach of trust. The first two elements of knowing receipt have thus been made out. Finally, the bank did not acquire the property as a *bona fide* purchaser for value without notice as the circumstances were sufficiently suspicious to put it on inquiry. The opinion letter stating that the guarantee complied with all legal requirements does not satisfy the bank's obligation to make reasonable inquiry. Since the bank knew that the law firm was acting on behalf of all parties, it knew that the firm could not have given G independent legal advice with regard to signing the directors' resolution which authorized the guarantee. Accordingly, the bank is fixed with notice of the breach of trust and therefore

grâce à un manquement à une obligation fiduciaire. L'action fondée sur la «réception en connaissance de cause» veut essentiellement que la réception des biens en fiducie ait enrichi le défendeur aux dépens du demandeur. L'action relève donc du droit en matière de restitution. Une cour peut imposer la responsabilité pour réception en connaissance de cause même si le défendeur a agi sans vraiment avoir la connaissance de fait du manquement à une obligation fiduciaire. Le défendeur ne peut garder les biens en question s'ils ont été acquis dans des circonstances qui auraient amené une personne raisonnable à soupçonner l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire. La réclamation pour réception en connaissance de cause porte essentiellement sur un droit de propriété et la partie qui reçoit des biens en fiducie peut être tenue responsable à titre de fiduciaire par interprétation si, alors qu'elle savait qu'il pouvait y avoir manquement à une obligation fiduciaire, elle n'a pas demandé les renseignements appropriés.

Même si l'on adopte le point de vue selon lequel la garantie fournie par P et soutenue par une hypothèque subsidiaire sur un de ses biens n'est pas un bien en fiducie, l'avantage conféré à la banque et la perte de valeur qui s'ensuit pour la succession suffisent pour faire entrer la garantie dans la catégorie de la responsabilité fondée sur la réception en connaissance de cause. En outre, dans la présente action, la banque a tenté de faire exécuter la garantie par P. Si la garantie est exécutée, la banque recevra alors clairement des biens.

La garantie était sujette à une fiducie en faveur de G, et la banque en a pris possession de son propre chef et en violation d'une obligation fiduciaire. L'existence des deux premiers éléments de la réception en connaissance de cause est donc établie. Finalement, la banque n'a pas acquis les biens à titre d'acquéreur de bonne foi moyennant contrepartie et sans connaissance de cause, vu que les circonstances étaient assez suspectes pour qu'elle soit tenue de se renseigner. La lettre d'opinion qui précisait que la garantie était conforme à toutes les exigences légales ne satisfait pas à l'obligation de la banque de s'informer raisonnablement. Étant donné que la banque savait que le cabinet d'avocats représentait toutes les parties, elle savait que le cabinet ne pouvait pas avoir donné à G un avis indépendant quant à la signature de la résolution des administrateurs qui autorisait la garantie. Par conséquent, la banque se voit attribuer la connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire et accepte donc la garantie sous réserve des droits

takes the guarantee subject to G's equity. For these reasons, the bank cannot enforce the guarantee against P.

Cases Cited

By Sopinka J.

Distinguished: *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577; **referred to:** *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *Baden v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA*, [1992] 4 All E.R. 161; *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417.

By Iacobucci J. (dissenting)

MacDonald v. Hauer, [1977] 1 W.W.R. 51; *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787; *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *Barnes v. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265; *Nelson v. Larholt*, [1948] 1 K.B. 339; *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64; *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.*, [1969] 2 Ch. 276; *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264; *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343; *Cartwright v. Lyster*, [1934] 2 D.L.R. 166; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 27 E.T.R. 281; *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417; *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch*, [1997] 1 All E.R. 144; *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577.

Authors Cited

Halsbury's Laws of England, vol. 20, 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
Harpum, Charles. "The Stranger as Constructive Trustee" (1986), 102 *L.Q.R.* 114 and 267.
McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "receive".

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 25 O.R. (3d) 601, 129 D.L.R. (4th) 152, 86 O.A.C. 116, 9 E.T.R. (2d) 93, [1995] O.J. No. 3156 (QL), reversing a decision of the Ontario Court (General Division), [1993] O.J.

de G en *equity*. Pour ces motifs, la banque ne peut pas faire exécuter la garantie par P.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Distinction d'avec l'arrêt: *Bertolo c. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577; **arrêts mentionnés:** *Citadelle (La)*, *Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *Baden c. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l'Industrie en France SA*, [1992] 4 All E.R. 161; *Barclays Bank plc c. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

MacDonald c. Hauer, [1977] 1 W.W.R. 51; *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787; *Citadelle (La)*, *Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *Barnes c. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244; *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265; *Nelson c. Larholt*, [1948] 1 K.B. 339; *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. c. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64; *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co.*, [1969] 2 Ch. 276; *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264; *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343; *Cartwright c. Lyster*, [1934] 2 D.L.R. 166; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 27 E.T.R. 281; *Barclays Bank plc c. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417; *Credit Lyonnais Bank Nederland NV c. Burch*, [1997] 1 All E.R. 144; *Bertolo c. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577.

Doctrine citée

Halsbury's Laws of England, vol. 20, 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).
Harpum, Charles. «The Stranger as Constructive Trustee» (1986), 102 *L.Q.R.* 114 and 267.
McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.
Nouveau Petit Robert. Paris: Le Robert, 1995, «recevoir».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 25 O.R. (3d) 601, 129 D.L.R. (4th) 152, 86 O.A.C. 116, 9 E.T.R. (2d) 93, [1995] O.J. No. 3156 (QL), qui a infirmé la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale), [1993] O.J.

No. 2994 (QL), imposing a constructive trust on the defendant bank. Appeal dismissed, La Forest, Cory and Iacobucci JJ. dissenting.

John D. Brownlie, Q.C., and John J. Lucki, for the appellant.

No one appeared for the respondent Primary Developments Limited.

R. Ross Wells and Sherry A. Currie, for the respondent The Toronto-Dominion Bank.

The reasons of La Forest, Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

1 IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal involves the question of when a person will be liable for the knowing receipt of trust property.

1. Facts

2 Abraham Rosenberg (“the testator”) died on March 30, 1985. He named his son, Maurice Rosenberg (“Rosenberg”), and his grandson, the appellant Jeffrey Gold, as executors and equal beneficiaries of the residue of his estate. The assets of the estate consisted primarily of commercial real estate held by two companies: Primary Developments Ltd. and Existing Enterprises Ltd. (the “estate companies”).

3 Both during the testator’s life and after his death, Rosenberg was closely involved in the running of the estate companies. Gold, however, has had no involvement in the estate’s business.

4 In 1985, shortly after the testator’s death, Rosenberg asked Gold to sign a general power of attorney which would permit Rosenberg to continue his management of the estate companies. Gold agreed.

5 Rosenberg had other commercial interests besides the estate companies. Together with his wife, he owned all of the shares of Trojan Self-Storage Mini-Warehouse Ltd. (“Trojan”).

No. 2994 (QL), qui avait imposé à la banque défenderesse une fiducie par interprétation. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Cory et Iacobucci sont dissidents.

John D. Brownlie, c.r., et John J. Lucki, pour l’appelant.

Personne n’a comparu pour l’intimée Primary Developments Limited.

R. Ross Wells et Sherry A. Currie, pour l’intimée la Banque Toronto-Dominion.

Version française des motifs des juges La Forest, Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quel cas une personne sera responsable de réception en connaissance de cause de biens en fiducie.

1. Les faits

Abraham Rosenberg («le testateur») est décédé le 30 mars 1985. Il avait nommé son fils, Maurice Rosenberg («Rosenberg»), et son petit-fils, l’appelant Jeffrey Gold, exécuteurs et bénéficiaires à parts égales du reliquat de sa succession. Les biens de la succession consistaient principalement en des biens immeubles commerciaux détenus par deux compagnies: Primary Developments Ltd. et Existing Enterprises Ltd. (les «compagnies de la succession»).

Tant du vivant qu’après le décès du testateur, Rosenberg a participé de près à la gestion des compagnies de la succession. Gold n’avait cependant pas participé aux affaires de la succession.

En 1985, peu après le décès du testateur, Rosenberg a demandé à Gold de signer une procuration générale qui lui permettrait de continuer à gérer les compagnies de la succession. Gold a accepté.

Rosenberg avait d’autres intérêts commerciaux à part les compagnies de la succession. Il détenait, avec son épouse, toutes les actions de Trojan Self-Storage Mini-Warehouse Ltd. («Trojan»).

The testator, the estate companies, Rosenberg and Trojan all banked at the respondent Toronto-Dominion Bank. Overseeing all of these accounts was a single account manager, Kenneth Slack. Mr. Slack was familiar with the details of the testator's will and had a copy of Gold's power of attorney.

In July of 1989, the Bank was trying to obtain repayment of a \$300,000 loan made to Rosenberg personally and of a US \$130,000 loan made to one of Rosenberg's companies. At the same time, Rosenberg wanted to secure substantial new loans, totaling approximately \$3.9 million. He and Mr. Slack eventually settled upon a mutually satisfactory arrangement which would use the assets of the two estate companies to repay Rosenberg's personal indebtedness and to secure the new loan. The agreement included the following particulars, relevant to the present appeal:

The Bank agreed to make the \$3.9 million loan to Trojan on the condition that the Bank receive a \$1.2 million guarantee from one of the estate companies. This guarantee would be supported by the following:

- (i) a \$1.2 million second collateral mortgage over property owned by Primary, at 156 Columbia Street, Waterloo; and
- (ii) a postponement of a \$200,000 mortgage held by Existing over a property owned by Trojan, in favour of a new \$4 million mortgage to be given by Trojan to the Bank.

A Kitchener law firm, Sills, Madorin, which was a defendant at trial (and which did not appeal the judgment against it), provided legal counsel to the following persons: the estate; Primary; Existing; Rosenberg; Trojan; and, on certain matters, the respondent Bank.

Putting the loan agreement into effect required Gold's signature on certain documents, most nota-

6
Le testateur, les compagnies de la succession, Rosenberg et Trojan avaient tous un compte à la Banque Toronto-Dominion intimée. Un seul directeur des comptes s'occupait de tous ces comptes, Kenneth Slack. Monsieur Slack connaissait en détail le testament du testateur et possédait une copie de la procuration de Gold.

7
En juillet 1989, la banque tentait d'obtenir le remboursement d'un prêt personnel de 300 000 \$ consenti à Rosenberg et d'un prêt de 130 000 \$US consenti à l'une des compagnies de Rosenberg. À la même époque, Rosenberg voulait qu'on lui prête d'autres sommes considérables s'élevant à environ 3,9 millions de dollars. Lui et M. Slack ont fini par conclure un accord mutuellement satisfaisant, en vertu duquel les éléments d'actif des deux compagnies de la succession serviraient au remboursement des dettes personnelles de Rosenberg et à l'obtention du nouveau prêt. L'accord comportait les modalités suivantes, qui sont pertinentes en l'espèce:

La banque consentait à prêter 3,9 millions de dollars à Trojan à la condition de recevoir une garantie de 1,2 million de dollars de l'une des compagnies de la succession. Cette garantie serait assortie des éléments suivants:

- (i) une hypothèque subsidiaire de deuxième rang de 1,2 million de dollars sur une propriété de Primary, sise au 156, rue Columbia, à Waterloo;
- (ii) la cession de rang d'une hypothèque de 200 000 \$ détenue par Existing sur une propriété de Trojan, en faveur d'une nouvelle hypothèque de 4 millions de dollars devant être consentie à la banque par Trojan.

8
Le cabinet d'avocats Sills, Madorin de Kitchener, qui était défendeur au procès (et qui n'a pas interjeté appel contre le jugement rendu contre lui), donnait des avis juridiques aux personnes suivantes: la succession, Primary, Existing, Rosenberg, Trojan et, sur certaines questions, la banque intimée.

9
Pour que la convention de prêt devienne exécutoire, il fallait la signature de Gold sur certains

bly on a Primary directors' resolution, authorizing the guarantee. On July 28, 1989, the law firm prepared a Resolution of the Directors of Primary and also drew up the form for a \$1.2 million guarantee. Rosenberg signed both documents on July 28, 1989. Gold signed the Directors' resolution sometime between September 13, 1989 and October 20, 1989.

10 In connection with the guarantee, the law firm sent an opinion letter, dated August 1, 1989, to the Bank. The letter said:

The authorization, execution, issuance and delivery of the said Guarantee by the Corporation does not conflict with or contravene any terms, conditions or provisions of any law or agreement to which the Corporation is subject or to which the Corporation is a party.

In a cover letter to the opinion letter the law firm indicated that the Directors' resolution had to be signed by both Gold and Rosenberg and that Gold had not yet signed it.

11 Nonetheless, the Bank proceeded to advance its new loans to Trojan. Gold's signature was subsequently obtained on the Directors' resolution.

12 In November 1989, Gold revoked the power of attorney executed in favour of Rosenberg. On January 14, 1993, Gold issued a statement of claim against Rosenberg, Primary, the Bank and the law firm of Sills, Madorin. Gold sought a declaration that the \$1.2 million guarantee given to the Bank by Primary was invalid and unenforceable. In the alternative, Gold claimed indemnity for any loss which he might suffer if the guarantee were enforced. The Bank cross-claimed against Primary, seeking enforcement of the guarantee.

2. Judgments Below

A. *Ontario Court of Justice (General Division)*, [1993] O.J. No. 2994 (QL)

13 In the view of Haley J., the Bank's liability turned on whether or not it had knowingly assisted in a breach of trust. Citing *MacDonald v. Hauer*,

documents, plus particulièrement sur une résolution des administrateurs de Primary, qui autorisait la garantie. Le 28 juillet 1989, le cabinet d'avocats a préparé une résolution des administrateurs de Primary de même que le formulaire de garantie de 1,2 million de dollars. Rosenberg a signé les deux documents le 28 juillet 1989. Gold a signé la résolution des administrateurs entre le 13 septembre 1989 et le 20 octobre de la même année.

À l'égard de la garantie, le cabinet d'avocats a envoyé à la banque une lettre d'opinion datée du 1^{er} août 1989. La lettre précisait:

[TRADUCTION] L'autorisation, l'exécution et la délivrance de ladite garantie par la compagnie ne contrevennent aux modalités, conditions ou dispositions d'aucune loi ou convention à laquelle la compagnie est assujettie ou est partie.

Dans la lettre qui accompagnait la lettre d'opinion, le cabinet d'avocats a indiqué que la résolution des administrateurs devait être signée par Gold et Rosenberg et que Gold ne l'avait pas encore signée.

La banque a néanmoins consenti les nouveaux prêts à Trojan. La résolution des administrateurs a été, par la suite, signée par Gold.

En novembre 1989, Gold a révoqué la procuration qu'il avait accordée à Rosenberg. Le 14 janvier 1993, Gold a déposé une déclaration contre Rosenberg, Primary, la banque et le cabinet d'avocats Sills, Madorin. Gold sollicitait un jugement déclarant que la garantie de 1,2 million de dollars donnée à la banque par Primary était invalide et inexécutoire. Subsidiairement, Gold demandait à être indemnisé de toute perte qu'il pourrait subir si la garantie était exécutée. La banque a présenté une demande entre défendeurs contre Primary en vue d'obtenir l'exécution de la garantie.

2. Les juridictions inférieures

A. *Cour de justice de l'Ontario (Division générale)*, [1993] O.J. No. 2994 (QL)

Selon le juge Haley, la responsabilité de la banque dépend de la question de savoir si elle a sciemment aidé à commettre un manquement à une

[1977] 1 W.W.R. 51 (Sask. C.A.), the trial judge said that, in order to recover damages for knowing assistance, the plaintiff must prove the following:

- (1) assistance by the defendant of a nominated trustee;
- (2) with knowledge;
- (3) in a dishonest and fraudulent design on the part of the nominated trustee.

With regard to the third element above, Haley J. explained that the “dishonest and fraudulent design” need not amount to a crime. Rather, the test is whether equity would regard the plan as “morally reprehensible” (para. 12).

Turning to the facts of the case, Haley J. found that the testator’s will created a trust and that Rosenberg was one of the trustees. She also found that the relationship between Rosenberg and Gold was such as to impose upon Rosenberg fiduciary duties (at para. 13):

Rosenberg, acting under a Power of Attorney given to him by Gold for his executorship, owed a fiduciary duty to Gold under the Power of Attorney and also to him as a 50% beneficiary of the estate.

The trial judge went on to hold that Rosenberg had breached his fiduciary duty in three ways:

- (1) By causing Primary to give a \$1.2 million guarantee in favour of the Bank;
- (2) By causing Primary to secure its guarantee by a second collateral mortgage against its property at 156 Columbia Street, Waterloo; and
- (3) By causing Existing Developments to postpone its mortgage, in the amount of \$200,000, on a Trojan property, in favour

obligation fiduciaire. Citant l’arrêt *MacDonald c. Hauer*, [1977] 1 W.W.R. 51 (C.A. Sask.), le juge de première instance a affirmé que, pour obtenir des dommages-intérêts dans un cas d’aide apportée en connaissance de cause, le demandeur doit établir ce qui suit:

- (1) l’existence d’une aide apportée par le défendeur à un fiduciaire nommé,
- (2) en connaissance de cause,
- (3) en vue de réaliser un dessein malhonnête et frauduleux du fiduciaire nommé.

En ce qui concerne le troisième élément susmentionné, le juge Haley a expliqué qu’il n’était pas nécessaire que le «dessein malhonnête et frauduleux» constitue un crime. Le critère était plutôt de savoir si, en *equity*, ce dessein serait considéré comme [TRADUCTION] «moralement répréhensible» (par. 12).

Quant aux faits de l’affaire, le juge Haley a conclu que le testament du testateur avait créé une fiducie et que Rosenberg était l’un des fiduciaires. Elle a aussi conclu que le rapport entre Rosenberg et Gold était de nature à imposer à Rosenberg des obligations fiduciaires (au par. 13):

[TRADUCTION] En agissant en vertu de la procuration que lui avait donnée Gold relativement à sa charge d’exécuteur testamentaire, Rosenberg avait une obligation fiduciaire envers Gold aux termes de cette procuration et aussi parce que ce dernier était bénéficiaire à 50 pour 100 de la succession.

Le juge de première instance a ensuite conclu que Rosenberg avait manqué à son obligation fiduciaire de trois façons:

- (1) en amenant Primary à accorder une garantie de 1,2 million de dollars à la banque;
- (2) en amenant Primary à assortir sa garantie d’une hypothèque subsidiaire de deuxième rang sur sa propriété du 156, rue Columbia, à Waterloo;
- (3) en amenant Existing Developments à céder son rang quant à une hypothèque de 200 000 \$ qu’elle détenait sur une pro-

14

15

of a collateral second mortgage held by the Bank.

In the opinion of the trial judge, these transactions were “fraudulent and dishonest” and, therefore, the case fell within the law of knowing assistance.

16 Turning next to the issue of the Bank’s liability, Haley J. held that, by making the necessary arrangements for the guarantee-related transactions, the Bank assisted Rosenberg in his fraudulent and dishonest scheme. Thus, all that remained to be determined was whether the Bank had offered this assistance with the requisite degree of knowledge so as to give rise to liability. The trial judge said (at para. 14):

The crucial element to be considered is whether the bank at the time it assisted had knowledge, either actual or imputed that:

- (a) the scheme was dishonest and fraudulent;
- (b) it was assisting Rosenberg in perpetrating the dishonest and fraudulent scheme.

17 In carrying out this inquiry, the trial judge focused on Kenneth Slack, the Toronto-Dominion account manager. In particular, Haley J. highlighted the following evidence:

- (1) Slack was familiar with the details of the testator’s will.
- (2) He knew that Gold played no role in the management of the estate.
- (3) He knew that Gold had executed a Power of Attorney in favour of Rosenberg.
- (4) He knew that the guarantee and its related transactions could not possibly benefit Gold.

Based on all of the above, the trial judge concluded that the Bank had actual knowledge of Rosenberg’s fraudulent and dishonest breach of trust. She said (at para. 66):

priété de Trojan, en faveur d’une hypothèque subsidiaire de deuxième rang détenue par la banque.

Selon le juge de première instance, ces opérations étaient [TRADUCTION] «frauduleuses et malhonnêtes» et l’affaire relevait donc du droit en matière d’aide apportée en connaissance de cause.

Examinant ensuite la question de la responsabilité de la banque, le juge Haley a conclu que la banque, en prenant toutes les dispositions pour que soient effectuées ces opérations de garantie, avait aidé Rosenberg à réaliser un dessein frauduleux et malhonnête. Par conséquent, il restait seulement à savoir si la banque avait offert son aide avec le degré de connaissance requis pour engager sa responsabilité. Le juge de première instance a déclaré (au par. 14):

[TRADUCTION] L’élément crucial qui doit être considéré est de savoir si la banque, lorsqu’elle a apporté son aide, avait la connaissance, de fait ou présumée, que:

- a) le dessein était malhonnête et frauduleux;
- b) elle aidait Rosenberg à réaliser ce dessein malhonnête et frauduleux.

Dans le cadre de cet examen, le juge de première instance a concentré son attention sur Kenneth Slack, le directeur des comptes de Toronto-Dominion. Elle a souligné plus particulièrement les éléments de preuve suivants:

- (1) Slack connaissait en détail le testament du testateur.
- (2) Il savait que Gold ne jouait aucun rôle dans la gestion de la succession.
- (3) Il savait que Gold avait signé une procuration en faveur de Rosenberg.
- (4) Il savait que la garantie et ses opérations connexes ne pouvaient absolument pas profiter à Gold.

Pour tous ces motifs, le juge de première instance a conclu que la banque avait eu la connaissance de fait du manquement frauduleux et malhonnête de Rosenberg à une obligation fiduciaire. Elle a dit (au par. 66):

On the basis of all of the knowledge that Slack had in July 1989, when the guarantee was given, and hence that the bank had, I find that the bank knew that what Rosenberg as Trustee was doing, was dishonest and fraudulent. . . .

Accordingly, Haley J. imposed a constructive trust on the Bank in favour of Gold, saying (at para. 75):

. . . I find that equity should fix the bank with a constructive trust in favour of Jeffrey Gold of those assets of the estate representing his 50% beneficial interest by declaring that the \$1.2 million guarantee given to the Bank by Primary is unenforceable as are the collateral mortgage on 156 Columbia Street in favour of the bank and the postponement of the Existing third collateral mortgage on 555 Fairway Drive which were given as part of the guarantee transaction.

B. *Ontario Court of Appeal* (1995), 25 O.R. (3d) 601

Like the trial judge, the Court of Appeal proceeded on the basis that liability turned solely on whether or not the defendant Bank had knowingly assisted Rosenberg in a fraudulent and dishonest breach of trust. Writing for a unanimous court, Laskin J.A. applied the test for knowing assistance laid down in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787. According to *Air Canada*, in order to impose liability on the Toronto-Dominion Bank for knowing assistance, the plaintiff would have to prove the following:

- (1) That Rosenberg was a trustee of the property of Primary;
- (2) That, in causing Primary to give the guarantee, Rosenberg committed a fraudulent and dishonest breach of trust;
- (3) That the Bank participated in the giving of the guarantee; and

[TRANSDUCTION] Compte tenu de tout ce que Slack savait en juillet 1989, lorsque la garantie a été donnée, et, par conséquent, de ce que la banque savait elle aussi, je conclus que la banque savait que ce que Rosenberg faisait à titre de fiduciaire était malhonnête et frauduleux . . .

Par conséquent, le juge Haley a imposé à la banque une fiducie par interprétation en faveur de Gold, en ces termes (au par. 75):

[TRANSDUCTION] . . . je conclus que, en *equity*, il devrait être imposé à la banque une fiducie par interprétation en faveur de Jeffrey Gold quant aux biens de la succession représentant son intérêt bénéficiaire de 50 pour 100, et je déclare que la garantie de 1,2 million de dollars donnée à la banque par Primary est inexécutoire de même que l'hypothèque subsidiaire de la banque sur la propriété sise au 156, rue Columbia, et la cession de rang de l'hypothèque subsidiaire de troisième rang d'Existing sur la propriété sise au 555, promenade Fairway, accordées dans le cadre de la garantie.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 25 O.R. (3d) 601

À l'instar du juge de première instance, la Cour d'appel a tenu pour acquis que la responsabilité dépendait seulement de la question de savoir si la banque défenderesse avait sciemment aidé Rosenberg à commettre un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire. Le juge Laskin a appliqué, au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le critère de l'aide apportée en connaissance de cause établi dans l'arrêt *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787. Selon cet arrêt, pour que la Banque Toronto-Dominion se voit imposer une responsabilité fondée sur l'aide apportée en connaissance de cause, le demandeur doit prouver ce qui suit:

- (1) que Rosenberg était un fiduciaire des biens de Primary;
- (2) que, amenant Primary à donner la garantie, Rosenberg avait commis un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire;
- (3) que la banque avait participé à la dation de la garantie;

18

19

(4) That the Bank knew of or was wilfully blind to Rosenberg's fraud and dishonesty.

(4) que la banque était au courant de la fraude et de la malhonnêteté de Rosenberg, ou qu'elle avait fait preuve d'ignorance volontaire à ce sujet.

20

Laskin J.A. agreed with the trial judge that the plaintiff had proved the first and third elements of its case. However, with regard to whether or not Rosenberg had committed a fraudulent and dishonest breach of trust, the Court of Appeal disagreed with the holding of the trial judge. In reaching this conclusion, the Court of Appeal relied on the fact that Gold had eventually signed the directors' resolution which authorized the guarantee. By signing the resolution, Gold effectively agreed to give the guarantee, thereby consenting to the breach of trust. This consent, if validly given, would negate any finding of a dishonest breach of trust. Laskin J.A. wrote (at p. 606):

If a beneficiary validly consents to a breach of trust before it is carried out, the beneficiary cannot claim compensation from the trustee for any subsequent loss. . . . This principle logically implies that a beneficiary's consent will negate a finding of a dishonest breach of trust.

The Court of Appeal examined the facts surrounding the signing of the directors' resolution and concluded that Gold understood the nature of the guarantee and was aware of the risk it posed to his share of the estate. Laskin J.A. said (at pp. 607-8):

[T]he record demonstrates that Gold knew what a guarantee was, he knew the reason for this guarantee and he knew the possible consequences of authorizing it. He was not misled about the purpose, the effect or the risk of giving his approval. Therefore Gold's consent was valid.

Gold's consent, since valid, precluded a finding that Rosenberg had committed a fraudulent and

Le juge Laskin était d'accord avec le juge de première instance pour dire que le demandeur avait prouvé l'existence des premier et troisième éléments. Cependant, la Cour d'appel n'était pas d'accord avec la conclusion du juge de première instance quant à savoir si Rosenberg avait commis un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire. Pour tirer sa conclusion, la Cour d'appel s'est appuyée sur le fait qu'en définitive Gold avait signé la résolution des administrateurs qui autorisait la garantie. En signant cette résolution, Gold avait effectivement consenti à donner la garantie, et ainsi consenti au manquement à l'obligation fiduciaire. Ce consentement, s'il avait été donné valablement, annihilerait toute conclusion à l'existence d'un manquement malhonnête à une obligation fiduciaire. Le juge Laskin écrit (à la p. 606):

[TRADUCTION] Le bénéficiaire qui consent valablement au manquement à une obligation fiduciaire avant qu'il soit commis ne peut demander à être indemnisé par le fiduciaire relativement aux pertes qui peuvent subvenir ultérieurement. [. . .] Ce principe implique logiquement que le consentement du bénéficiaire annihile une conclusion à l'existence d'un manquement malhonnête à une obligation fiduciaire.

La Cour d'appel a examiné les faits entourant la signature de la résolution des administrateurs et a conclu que Gold comprenait la nature de la garantie et qu'il était conscient du risque que cela présentait quant à sa part de la succession. Le juge Laskin affirme (aux pp. 607 et 608):

[TRADUCTION] [L]e dossier démontre que Gold savait ce qu'était une garantie, qu'il connaissait la raison de cette garantie et qu'il savait quelles étaient les conséquences possibles de son autorisation. Il n'a pas été induit en erreur quant à l'objet, à l'effet ou au risque de son approbation. En conséquence, le consentement de Gold était valide.

En raison de sa validité, le consentement de Gold empêchait de conclure que Rosenberg avait com-

dishonest breach of trust. Therefore, the case did not fall within the scope of knowing assistance.

The above holding (i.e. that Rosenberg had not committed a fraudulent and dishonest breach of trust) was sufficient to dispose of Gold's claim against the Bank. Nevertheless, Laskin J.A. proceeded to address the issue of whether or not the Bank had knowledge of the breach of trust.

In the opinion of the Court of Appeal, the trial judge had manifestly erred in concluding that the Bank had actual knowledge of the breach of trust. Specifically, Laskin J.A. held that the trial judge had failed to give sufficient weight to the Sills, Madorin opinion letter, which stated that the guarantee was valid. Laskin J.A. said (at p. 610):

[The opinion letter] undoubtedly provided comfort to the bank that the guarantee was not tainted by fraud. However, the trial judge did not refer to the opinion letter.

Given the content of the opinion letter, the Court of Appeal concluded that, contrary to the finding of the trial judge, the Bank neither knew of nor was wilfully blind to Rosenberg's fraudulent and dishonest breach of trust. Laskin J.A. said (at p. 610):

Even if Rosenberg had misled Gold about the effect of the guarantee, the bank was not privy to their discussion and there is no other evidence that the bank knew Gold had been misled. Absent such knowledge the bank can divorce itself from Rosenberg's dishonesty.

Accordingly, the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed Gold's claim against the Bank with costs.

mis un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire. Il ne s'agissait donc pas d'un cas d'aide apportée en connaissance de cause.

La conclusion susmentionnée (selon laquelle Rosenberg n'avait pas commis un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire) était suffisante pour trancher l'action de Gold contre la banque. Néanmoins, le juge Laskin a entrepris d'examiner la question de savoir si la banque avait eu connaissance du manquement à une obligation fiduciaire.

Selon la Cour d'appel, le juge de première instance avait manifestement commis une erreur en concluant que la banque avait la connaissance de fait du manquement à une obligation fiduciaire. Plus particulièrement, le juge Laskin a statué que le juge de première instance n'avait pas accordé suffisamment d'importance à la lettre d'opinion de Sills, Madorin, qui précisait que la garantie était valide. Le juge Laskin dit (à la p. 610):

[TRADUCTION] [La lettre d'opinion] a sans doute rassuré la banque que la garantie n'était pas entachée de fraude. Cependant, le juge de première instance n'a pas mentionné la lettre d'opinion.

Vu la teneur de la lettre d'opinion, la Cour d'appel a conclu que, contrairement à ce que le juge de première instance avait conclu, la banque n'était pas au courant du manquement frauduleux et malhonnête de Rosenberg à une obligation fiduciaire et qu'elle n'avait pas non plus fait preuve d'ignorance volontaire à cet égard. Le juge Laskin affirme (à la p. 610):

[TRADUCTION] Même si Rosenberg avait induit Gold en erreur au sujet de l'effet de la garantie, la banque n'était pas au fait de leur discussion et il n'y a aucune autre preuve que la banque savait que Gold avait été induit en erreur. En l'absence de cette connaissance, la banque peut se dissocier de la malhonnêteté de Rosenberg.

Par conséquent, la Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté l'action de Gold contre la banque, avec dépens.

21

22

23

3. Issues

- 24 (1) Is the respondent Bank liable under the doctrine of knowing assistance?
- (2) Is the respondent Bank liable under the doctrine of knowing receipt?

4. Analysis

25 At the outset, I should note that I have read the reasons of my colleague La Forest J. in *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805, and I agree generally with his approach regarding liability for knowing receipt. Like him, I believe our reasons take a similar approach.

26 A person who has not been appointed as a trustee may, under certain circumstances, attract the liabilities of trusteeship. In *Barnes v. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244, Lord Selborne L.C. explained that there are three situations in which a breach of trust may give rise to liability in a person who is a stranger to the trust. First, a person may be liable as a trustee *de son tort*. The facts of this case do not require consideration of this category of liability. Second, a person will be liable if he or she knowingly assisted in a fraudulent and dishonest breach of trust. This type of liability is referred to as “knowing assistance”. And third, depending upon considerations of notice, equity may impose liability if the defendant received, in his or her own right, property obtained through breach of trust. This last category of liability is referred to as “knowing receipt”.

27 This Court has expressed its approval of the *Barnes v. Addy* classification system, most recently in *Air Canada*, *supra* (at p. 810):

3. Les questions en litige

- (1) La banque intimée est-elle responsable selon la règle de l'aide apportée en connaissance de cause?
- (2) La banque intimée est-elle responsable selon la règle de la réception en connaissance de cause?

4. Analyse

Au départ, je tiens à souligner que j'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge La Forest dans l'arrêt *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805, et que je partage généralement son point de vue concernant la responsabilité pour réception en connaissance de cause. En fait, je crois, comme lui, que nos motifs adoptent un point de vue similaire.

Une personne qui n'a pas été nommée fiduciaire peut, dans certaines circonstances, se voir imputer les responsabilités du fiduciaire. Dans l'arrêt *Barnes c. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244, le lord chancelier Selborne a expliqué qu'il existe trois cas où le manquement à une obligation fiduciaire peut engager la responsabilité d'un tiers à la fiducie. Premièrement, une personne peut être responsable à titre de fiduciaire «de son tort». Les faits de la présente affaire ne requièrent pas l'examen de cette catégorie de responsabilité. Deuxièmement, une personne sera responsable si elle a sciemment aidé à commettre un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire. Ce type de responsabilité est connu sous le nom d'«aide apportée en connaissance de cause». Et, troisièmement, selon ce que l'on peut déduire quant à la connaissance, l'*equity* peut imposer une responsabilité si le défendeur a reçu de son propre chef un bien obtenu grâce à un manquement à une obligation fiduciaire. Cette dernière catégorie de responsabilité est connue sous le nom de «réception en connaissance de cause».

C'est dans l'arrêt *Air Canada*, précité, à la p. 810, que notre Cour a, le plus récemment, exprimé son approbation du système de classification de *Barnes c. Addy*:

In addition to a trustee *de son tort*, there were traditionally therefore two ways in which a stranger to the trust could be held personally liable to the beneficiaries as a participant in a breach of trust: as one in receipt and chargeable with trust property and as one who knowingly assisted in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees. The former category of constructive trusteeship has been termed “knowing receipt” or “knowing receipt and dealing”, while the latter category has been termed “knowing assistance”.

Knowing assistance and knowing receipt share certain factual similarities; however, they are distinct heads of liability. Confusion has developed in the case law on account of a failure to distinguish between these separate forms of liability. The main source of confusion stems from disagreement over the degree of “knowledge” required for liability in each category. As Charles Harpum writes in his article “The Stranger as Constructive Trustee” (1986), 102 *L.Q.R.* 114, at p. 120, although a degree of knowledge is required for liability under both heads of liability:

[t]he cases reveal a sharp difference of opinion as to the degree of cognisance that is required before a person may be held liable as a constructive trustee and as to whether the degree of knowledge required under one head is necessarily applicable to another.

In the present case, the appellant argues that the respondent is liable under both knowing assistance and knowing receipt. I will consider each head of liability in turn. I will pay particular attention to the degree of knowledge required to justify liability in each category.

Is the respondent Bank liable under the doctrine of knowing assistance?

This Court reviewed the law of knowing assistance in *Air Canada*. In that case, we adopted the

Outre le cas du fiduciaire «de son tort», il y avait donc traditionnellement deux manières dont un tiers pouvait être tenu personnellement responsable envers les bénéficiaires à titre de participant à la violation d’une obligation fiduciaire: soit parce qu’il avait reçu des biens en fiducie et devait en rendre compte, soit parce qu’il avait sciemment aidé les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux. La première catégorie de fiducie par interprétation a été appelée «réception en connaissance de cause» ou «réception en connaissance de cause et gestion», tandis que la seconde a été appelée «aide apportée en connaissance de cause».

L’aide apportée en connaissance de cause et la réception en connaissance de cause comportent certaines ressemblances sur le plan factuel, quoiqu’elles représentent des catégories distinctes de responsabilité. L’omission de distinguer ces deux formes séparées de responsabilité a semé la confusion dans la jurisprudence. La principale source de confusion émane du désaccord quant au degré de «connaissance» requis pour engager la responsabilité dans chaque catégorie. Comme Charles Harpum l’écrit dans son article intitulé «The Stranger as Constructive Trustee» (1986), 102 *L.Q.R.* 114, à la p. 120, même si un degré de connaissance est requis pour engager la responsabilité dans les deux catégories de responsabilité:

[TRADUCTION] [l]a jurisprudence révèle une nette divergence d’opinions quant au degré de connaissance requis pour qu’une personne puisse être tenue responsable à titre de fiduciaire par interprétation et quant à savoir si le degré de connaissance requis en vertu d’une catégorie est nécessairement applicable à une autre catégorie.

En l’espèce, l’appelant allègue que l’intimée est responsable en raison tant de l’aide apportée en connaissance de cause que de la réception en connaissance de cause. Je vais examiner chaque catégorie de responsabilité à tour de rôle et j’accorderai une attention particulière au degré de connaissance requis pour justifier la responsabilité dans chaque catégorie.

La banque intimée est-elle responsable selon la règle de l’aide apportée en connaissance de cause?

Dans l’arrêt *Air Canada*, notre Cour a passé en revue la règle de l’aide apportée en connaissance

28

29

30

definition of “knowing assistance” given in *Barnes v. Addy*, where Lord Selborne L.C. stated that a stranger to the trust will be liable if he or she “assist[s] with knowledge in a dishonest and fraudulent design on the part of the trustees” (p. 252).

- 31 A “dishonest and fraudulent design” includes “the taking of a knowingly wrongful risk resulting in prejudice to the beneficiary”. As was said in *Air Canada* (at p. 826):

I would therefore “take as a relevant description of fraud ‘the taking of a risk to the prejudice of another’s rights, which risk is known to be one which there is no right to take.’”

- 32 As the name “knowing assistance” implies, the plaintiff must prove not only that the breach of trust was fraudulent and dishonest, but also that the defendant participated knowingly in that breach of trust. As stated in *Air Canada* (at p. 811):

The knowledge requirement for this type of liability is actual knowledge; recklessness or wilful blindness will also suffice.

- 33 As Millett J. explained in *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, at p. 292, liability is imposed, in cases of knowing assistance, on the basis that the defendant has participated in a fraud and “participation”, in its relevant sense, implies actual knowledge of the fraud being perpetrated by the rogue trustee. La Forest J. reached a similar conclusion in *Citadel* where he described liability in knowing assistance as “fault-based” liability (at para. 46). Thus, the basis of liability, participation in a fraud, supports the test for liability which I set out in *Air Canada*, actual knowledge of the trust and its fraudulent breach.

de cause. Dans cet arrêt, nous avons adopté la définition donnée à l’expression «aide apportée en connaissance de cause» dans *Barnes c. Addy*, où le lord chancelier Selborne a affirmé qu’un tiers à la fiducie sera responsable s’il [TRADUCTION] «aid[e] sciemment les fiduciaires à réaliser un dessein malhonnête et frauduleux» (p. 252).

Un «dessein malhonnête et frauduleux» comprend «le fait de courir sciemment et de manière injustifiée un risque au détriment du bénéficiaire». Comme on l’affirme dans *Air Canada* (à la p. 826):

En conséquence, je (TRADUCTION) «consid[ère] applicable la définition suivante de la fraude: “le fait de courir un risque au détriment des droits d’autrui, lorsque l’on court ce risque sciemment et sans droit”».

Comme l’expression «aide apportée en connaissance de cause» l’indique, le demandeur doit prouver non seulement que le manquement à une obligation fiduciaire a été frauduleux et malhonnête, mais encore que le défendeur y a participé sciemment. Dans *Air Canada*, on dit (à la p. 811):

La connaissance requise pour ce type de responsabilité est la connaissance de fait; l’insouciance ou l’ignorance volontaire suffiront également.

Comme le juge Millett l’a expliqué dans *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, à la p. 292, la responsabilité est engagée, dans les cas d’aide apportée en connaissance de cause, pour le motif que le défendeur a participé à une fraude, et la «participation», dans son acception pertinente, implique la connaissance de fait de la fraude que le fiduciaire perfide est en train de commettre. Le juge La Forest est arrivé à la même conclusion dans l’arrêt *Citadelle* lorsqu’il a décrit la responsabilité pour l’aide apportée en connaissance de cause comme une responsabilité «fondée sur la faute» (au par. 46). Par conséquent, le fondement de la responsabilité, la participation à une fraude, étaye le critère de responsabilité que j’ai établi dans *Air Canada*, la connaissance de fait de l’existence d’une obligation fiduciaire et le manquement frauduleux à cette obligation.

In the present case, in order to recover damages for knowing assistance, the appellant must demonstrate the following:

- (1) That there was a trust;
- (2) That the named trustee, Rosenberg, perpetrated a dishonest and fraudulent breach of trust; and
- (3) That the respondent Bank participated in and had actual knowledge of Rosenberg's dishonest and fraudulent breach of trust.

I should note at the outset that both parties agree that there was, indeed, a trust.

Assuming without deciding that Rosenberg committed a dishonest and fraudulent breach of trust and assuming without deciding that the Bank participated in that breach of trust, in my opinion, the appellant's claim in knowing assistance fails because of the failure to prove that the Bank had actual knowledge of Rosenberg's fraud. As mentioned above, the Bank received an opinion letter from the law firm of Sills, Madorin. The closing paragraph of the letter stated:

The authorization, execution, issuance and delivery of the said Guarantee by the Corporation does not conflict with or contravene any terms, conditions or provisions of any law or agreement to which the Corporation is subject or to which the Corporation is a party.

In light of this letter, in my view, it cannot be said that the Bank had actual knowledge that the guarantee was obtained in breach of trust. As Laskin J.A. said (at p. 610), this letter "undoubtedly provided comfort to the bank that the guarantee was not tainted by fraud" and I agree with the Court of Appeal that the trial judge made a manifest error in holding to the contrary.

For this reason, in my opinion, the appellant's claim in knowing assistance should be dismissed.

En l'espèce, afin d'obtenir des dommages-intérêts pour l'aide apportée en connaissance de cause, l'appelant doit démontrer ce qui suit:

- (1) qu'il existait une obligation fiduciaire;
- (2) que le fiduciaire nommé, Rosenberg, a commis un manquement malhonnête et frauduleux à cette obligation fiduciaire;
- (3) que la banque intimée avait la connaissance de fait du manquement malhonnête et frauduleux de Rosenberg à l'obligation fiduciaire, et qu'elle y a participé.

Je me dois de noter, au départ, que les deux parties ont convenu qu'il existait vraiment une obligation fiduciaire.

À supposer, sans en décider, que Rosenberg ait commis un manquement malhonnête et frauduleux à une obligation fiduciaire et à supposer, sans en décider, que la banque ait participé à ce manquement, j'estime que l'action de l'appelant fondée sur l'aide apportée en connaissance de cause échoue en raison de l'absence de preuve que la banque avait une connaissance de fait de la fraude de Rosenberg. Comme je l'ai mentionné précédemment, la banque a reçu du cabinet d'avocats Sills, Madorin une lettre d'opinion dont le dernier paragraphe était ainsi rédigé:

[TRADUCTION] L'autorisation, l'exécution et la délivrance de ladite garantie par la compagnie ne contrevennent aux modalités, conditions ou dispositions d'aucune loi ou convention à laquelle la compagnie est assujettie ou est partie.

Vu cette lettre, j'estime qu'on ne peut pas affirmer que la banque avait une connaissance de fait que la garantie était obtenue en violation d'une obligation fiduciaire. Comme le juge Laskin l'a dit (à la p. 610), la lettre [TRADUCTION] «a sans doute rassuré la banque que la garantie n'était pas entachée de fraude», et je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur manifeste en concluant le contraire.

Pour ce motif, il y a lieu, selon moi, de rejeter l'action de l'appelant fondée sur l'aide apportée en connaissance de cause.

34

35

36

37

38

39 I will next consider whether the respondent is liable for the knowing receipt of trust property.

Is the respondent Bank liable under the doctrine of knowing receipt?

40 In a knowing receipt case, the plaintiff sues to recover his or her property which has come into the possession of the defendant, as a result of a breach of trust. As Lord Selborne L.C. said in *Barnes v. Addy*, the defendant has “receive[d] and become chargeable with some part of the trust property” (at pp. 251-52). However, the mere fact of receipt, of possession, is not a sufficient condition for liability. To be “chargeable” with trust property, a defendant must have received it in his or her own right, must have enjoyed the property beneficially. There is, thus, no cause of action in knowing receipt against a person who holds trust property merely as an agent for a third party. This was the rationale for dismissing the plaintiff’s knowing receipt claim in *Air Canada*. As mentioned therein (at pp. 810-11):

The . . . category of “knowing receipt” of trust property is inapplicable to the present case because it requires the stranger to the trust to have received trust property in his or her personal capacity, rather than as an agent of the trustees.

See also *Agip (Africa) Ltd.*, at p. 288.

41 The essence of a knowing receipt claim is that, by receiving the trust property, the defendant has been enriched. Because the property was subject to a trust in favour of the plaintiff, the defendant’s enrichment was at the plaintiff’s expense. The claim, accordingly, falls within the law of restitution. As Denning J. said in *Nelson v. Larholt*, [1948] 1 K.B. 339, at p. 343:

Je vais maintenant examiner si l’intimée est responsable de réception en connaissance de cause de biens en fiducie.

La banque intimée est-elle responsable selon la règle de la réception en connaissance de cause?

Dans une affaire de réception en connaissance de cause, le demandeur poursuit pour récupérer son bien qui est tombé en la possession du défendeur par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Comme le lord chancelier Selborne l’a dit dans *Barnes c. Addy*, le défendeur a [TRADUCTION] «reç[u] une partie des biens en fiducie et doi[t] en rendre compte» (aux pp. 251 et 252). Toutefois, la seule réception ou possession n’est pas une condition suffisante pour qu’il y ait responsabilité. Pour qu’il y ait obligation de «rendre compte» des biens en fiducie, le défendeur doit les avoir reçus de son propre chef et doit en avoir joui à titre bénéficiaire. Il n’y a donc aucune cause d’action fondée sur la réception en connaissance de cause contre une personne qui a en sa possession des biens en fiducie simplement à titre de mandataire d’un tiers. Telle était la raison invoquée pour rejeter l’action du demandeur fondée sur la réception en connaissance de cause dans *Air Canada*. Comme on l’y explique (aux pp. 810 et 811):

La [. . .] catégorie [de] la «réception en connaissance de cause» de biens en fiducie [. . .] est inapplicable en l’espèce parce qu’elle exige que le tiers ait reçu des biens en fiducie de son propre chef et non en qualité de mandataire des fiduciaires.

Voir aussi *Agip (Africa) Ltd.*, à la p. 288.

L’action fondée sur la réception en connaissance de cause veut essentiellement que la réception des biens en fiducie ait enrichi le défendeur. Parce que les biens étaient sujets à une fiducie en faveur du demandeur, l’enrichissement du défendeur s’est fait aux dépens du demandeur. L’action relève donc du droit en matière de restitution. Comme le juge Denning l’a affirmé dans l’arrêt *Nelson c. Larholt*, [1948] 1 K.B. 339, à la p. 343:

The right here is not peculiar to equity or contract or tort, but falls naturally within the important category of cases where the court orders restitution

Similarly, in *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64 (P.C.), at p. 70, Lord Nicholls of Birkenhead stated, “Recipient liability is restitution-based”. I note that La Forest J. reached a similar conclusion in *Citadel*, where he described liability in knowing receipt as “receipt-based” liability (at para. 46). Therein lies a fundamental difference between the categories of knowing assistance and knowing receipt. Participation in a fraud underlies liability in cases of knowing assistance; unjust enrichment is the essence of a claim in knowing receipt. In *Agip (Africa) Ltd.*, Millett J. distinguished between the two heads of liability (at pp. 292-93):

Tracing claims and cases of “knowing receipt” are both concerned with rights of priority in relation to property taken by a legal owner for his own benefit; cases of “knowing assistance” are concerned with the furtherance of fraud.

As with knowing assistance, the plaintiff must prove a certain degree of knowledge on the part of the defendant to justify liability in knowing receipt. Unlike knowing assistance, where a clear test for the requisite level of knowledge has been set out by this Court in *Air Canada*, the case law does not clearly set out the degree of knowledge required to justify liability in cases of knowing receipt. Harpum, *supra*, states (at p. 267):

If a trustee transfers trust property [in breach of trust], the recipient must take that property subject to the trusts

[TRADUCTION] Le droit dont il est question en l’espèce n’est pas propre à l’*equity*, au droit des contrats ou au droit en matière de responsabilité délictuelle, mais relève naturellement de l’importante catégorie d’affaires où la cour ordonne la restitution . . .

De même, dans l’arrêt *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. c. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64 (C.P.), à la p. 70, lord Nicholls of Birkenhead a affirmé que [TRADUCTION] «[l]a responsabilité de la partie qui reçoit est fondée sur la restitution». Je constate que le juge La Forest est arrivé à une conclusion semblable dans *Citadelle*, où il a décrit la responsabilité pour réception en connaissance de cause comme étant une responsabilité «fondée sur la réception» (au par. 46). C’est là que se situe la différence fondamentale entre la catégorie de l’aide apportée en connaissance de cause et celle de la réception en connaissance de cause. La participation à une fraude sous-tend la responsabilité dans les cas d’aide apportée en connaissance de cause; l’enrichissement sans cause constitue l’essence d’une action fondée sur la réception en connaissance de cause. Dans l’arrêt *Agip (Africa) Ltd.*, le juge Millett a établi une distinction entre les deux catégories de responsabilité (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] Les actions où il est question de droit de suite et celles où il s’agit de «réception en connaissance de cause» concernent toutes des droits de priorité relativement à des biens dont le titulaire du droit de propriété s’est servi pour son propre profit; les cas d’«aide apportée en connaissance de cause» concernent l’aide apportée pour commettre une fraude.

Comme dans le cas de l’aide apportée en connaissance de cause, le demandeur doit établir l’existence d’un certain degré de connaissance chez le défendeur pour qu’il soit responsable de réception en connaissance de cause. À la différence de l’aide apportée en connaissance de cause, relativement à laquelle notre Cour a établi, dans *Air Canada*, un critère net pour déterminer l’existence du degré de connaissance requis, la jurisprudence ne précise pas quel degré de connaissance est requis pour engager la responsabilité dans les cas de réception en connaissance de cause. Harpum, *loc. cit.*, affirme (à la p. 267):

[TRADUCTION] Si un fiduciaire transfère des biens en fiducie [en violation d’une obligation fiduciaire], la par-

unless . . . the recipient is a bona fide purchaser without notice of that fact.

However, the exact meaning of “notice” has occasioned some disagreement in the jurisprudence.

43

Two main schools of thought emerge regarding the level of knowledge required to justify liability for knowing receipt. The first holds that a defendant will be liable under knowing receipt only if he or she received the property with actual knowledge (and this includes wilful blindness) of the breach of trust. For example, in *Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.*, [1969] 2 Ch. 276, Sachs L.J. said (at p. 298):

[The plaintiff must prove] both actual knowledge of the trust's existence and actual knowledge that what is being done is improperly in breach of that trust. . . .

This view of the law appears to have found approval in *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264, where Megarry V.-C. held that actual knowledge, wilful blindness or recklessness were required for liability in knowing receipt cases.

44

An opposing school of thought holds that a court may impose liability for knowing receipt even if the defendant acted with something less than actual knowledge of the breach of trust. According to this approach, the defendant cannot retain the property in question if it was acquired in circumstances which would have alerted a reasonable person to the possibility of a breach of trust. In *Nelson v. Larholt*, Denning J. explained (at p. 343):

[I]f the circumstances were such as to put a reasonable man on inquiry, and he [i.e. the defendant] made none, or if he was put off by an answer that would not have

tie qui les reçoit doit prendre ces biens sous réserve des fiduciaires, à moins [qu'elle] ne soit un acquéreur de bonne foi qui n'a pas connaissance de ce fait.

Cependant, le sens exact du mot «connaissance» est à l'origine d'un certain désaccord dans la jurisprudence.

Il y a deux principales écoles de pensée en ce qui concerne le degré de connaissance requis pour engager la responsabilité fondée sur la réception en connaissance de cause. La première veut que le défendeur ne soit responsable, selon la règle de la réception en connaissance de cause, que s'il reçoit les biens en ayant une connaissance de fait (ce qui comprend l'ignorance volontaire) du manquement à une obligation fiduciaire. Par exemple, dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung c. Herbert Smith & Co.*, [1969] 2 Ch. 276, le lord juge Sachs a affirmé (à la p. 298):

[TRADUCTION] [Le demandeur doit prouver] à la fois la connaissance de fait de l'existence de la fiducie et la connaissance de fait du caractère répréhensible du manquement à la fiducie . . .

Cette perception du droit paraît avoir été approuvée dans l'arrêt *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264, où le vice-chancelier Megarry a conclu que la connaissance de fait, l'ignorance volontaire ou l'insouciance étaient nécessaires pour engager la responsabilité dans les cas de réception en connaissance de cause.

Une école de pensée opposée veut qu'une cour puisse imposer la responsabilité pour réception en connaissance de cause même si le défendeur a agi sans vraiment avoir la connaissance de fait du manquement à une obligation fiduciaire. Selon ce point de vue, le défendeur ne peut garder les biens en question s'ils ont été acquis dans des circonstances qui auraient amené une personne raisonnable à soupçonner l'existence d'un manquement à une obligation fiduciaire. Dans l'arrêt *Nelson c. Larholt*, le juge Denning explique (à la p. 343):

[TRADUCTION] Si les circonstances étaient propres à inciter une personne raisonnable à demander des renseignements et qu'elle [c.-à-d. le défendeur] n'en a pas

satisfied a reasonable man, . . . then he is taken to have notice. . . .

To similar effect was the decision of this Court in *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343, where Ritchie J. quoted with approval from the decision of the Court of Appeal (at p. 347):

[The defendant] had sufficient notice of the unusual nature of the . . . funds to put [it] on its inquiry to determine the exact nature of these funds before dealing further with them.

And, in *Cartwright v. Lyster*, [1934] 2 D.L.R. 166 (Ont. C.A.), Middleton J.A., writing for the majority, held that the defendant was liable because it “had knowledge of the facts and circumstances that place them [*sic*] upon inquiry” (p. 169). Finally, in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 27 E.T.R. 281 (Ont. H.C.), Maloney J. imposed liability on the grounds that the circumstances were such as to put the defendant “on alert”.

In my opinion, this latter approach is the preferable one as it best suits the restitutionary basis of a claim in knowing receipt. Harpum states (at p. 273):

Because the issue in cases of knowing receipt is essentially a proprietary one, a recipient of trust property may be liable as a constructive trustee if he failed to make the inquiries that he ought to have made, even though he acted in good faith. It is taken for granted in the cases that constructive notice of the impropriety of the transfer suffices for liability. . . .

A stranger in receipt of trust property is unjustly enriched at the expense of the trust beneficiary. Participation in a fraudulent breach is irrelevant to the plaintiff’s claim. Liability essentially turns on whether or not the defendant has taken property subject to an equity in favour of the plaintiff. The jurisprudence has long held that, in order to take subject to an equity, a person need not have actual

demandé, ou si elle s’est contentée d’une réponse qui n’aurait pas satisfait une personne raisonnable, [. . .] alors il faut présumer sa connaissance. . . .

L’arrêt de notre Cour *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343, va dans le même sens. Dans cet arrêt, le juge Ritchie y a cité et approuvé l’extrait suivant des motifs de la Cour d’appel (à la p. 347):

[TRADUCTION] [Le défendeur] avait une connaissance suffisante de la nature particulière des fonds [. . .] pour éveiller sa méfiance et l’amener à en vérifier la nature exacte avant d’effectuer d’autres opérations avec eux.

Et, dans l’arrêt *Cartwright c. Lyster*, [1934] 2 D.L.R. 166 (C.A. Ont.), le juge Middleton a conclu, au nom de la cour à la majorité, que le défendeur était responsable parce qu’il [TRADUCTION] «avait la connaissance des faits et des circonstances qui l’incitaient à demander des renseignements» (p. 169). Finalement, dans la décision *Canadian Pacific Air Lines Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 27 E.T.R. 281 (H.C. Ont.), le juge Maloney a imposé la responsabilité pour le motif que les circonstances étaient de nature à éveiller les soupçons du défendeur.

Selon moi, ce dernier point de vue est préférable parce qu’il se prête davantage à l’idée de restitution qui est à la base d’une réclamation pour réception en connaissance de cause. Harpum affirme (à la p. 273):

[TRADUCTION] Parce que, dans les cas de réception en connaissance de cause, il est essentiellement question de droit de propriété, la partie qui reçoit des biens en fiducie peut être tenue responsable à titre de fiduciaire par interprétation si elle n’a pas demandé les renseignements qu’elle aurait dû demander, même si elle a agi de bonne foi. Il est tenu pour acquis, dans ces cas, que la connaissance présumée du caractère répréhensible du transfert suffit pour engager la responsabilité. . . .

Le tiers qui reçoit des biens en fiducie s’enrichit injustement aux dépens du bénéficiaire de la fiducie. L’action du demandeur n’a rien à voir avec la participation à une violation frauduleuse. La responsabilité dépend essentiellement de la question de savoir si le défendeur s’est approprié des biens qui étaient assujettis à un droit d’*equity* en faveur du demandeur. La jurisprudence soutient depuis

45

46

knowledge of the equity; notice will suffice. In my view, the same standard applies to cases of knowing receipt.

47 In my view, the test as put forward in both *Carl Zeiss Stiftung* and *Montagu's Settlement* is inappropriate to cases of knowing receipt. The basis of liability in both of these cases is a want of probity (see the judgment of Edmund Davies L.J. in *Carl Zeiss Stiftung*, at p. 301; see also *Montagu's Settlement*, at p. 285). As such, these cases appear to conflate knowing receipt with knowing assistance.

48 The judgment of Sachs L.J. in *Carl Zeiss Stiftung* provides further evidence of this collapsing of the two distinct heads of liability where he describes the defendant in knowing receipt cases as a "party to a fraud" (at pp. 298-99). In my view, such a description is inaccurate. Unlike knowing assistance, knowing receipt does not require the plaintiff to show that the breach of trust was fraudulent. And unlike knowing assistance, the defendant in knowing receipt is in no way implicated in any wrongdoing perpetrated by the rogue trustee.

49 Rather, the cause of action in knowing receipt arises simply because the defendant has improperly received property which belongs to the plaintiff. The plaintiff's claim amounts to nothing more than, "You unjustly have my property. Give it back." Unlike knowing assistance, there is no finding of fault, no legal wrong done by the defendant and no claim for damages. It is, at base, simply a question of who has a better claim to the disputed property.

longtemps que, pour qu'il y ait appropriation assujettie à un droit d'*equity*, une personne n'a pas besoin d'avoir une connaissance de fait de l'existence de ce droit d'*equity*; la connaissance présumée suffit. J'estime que la même norme s'applique aux cas de réception en connaissance de cause.

Selon moi, le critère énoncé dans *Carl Zeiss Stiftung* et *Montagu's Settlement* n'est pas approprié en matière de réception en connaissance de cause. Le fondement de la responsabilité dans ces deux cas est l'absence de probité (voir le jugement du lord juge Edmund Davies dans *Carl Zeiss Stiftung*, à la p. 301; voir également *Montagu's Settlement*, à la p. 285). C'est pourquoi ces arrêts paraissent confondre réception en connaissance de cause et aide apportée en connaissance de cause.

Le jugement du lord juge Sachs dans *Carl Zeiss Stiftung* apporte une preuve supplémentaire de cette fusion des deux catégories distinctes de responsabilité, lorsqu'il qualifie de [TRADUCTION] «participant à une fraude» le défendeur dans les cas de réception en connaissance de cause (aux pp. 298 et 299). À mon avis, cette qualification est inexacte. Contrairement à l'aide apportée en connaissance de cause, la réception en connaissance de cause n'exige pas que le demandeur montre que le manquement à l'obligation fiduciaire était frauduleux. Et contrairement à la situation de l'aide apportée en connaissance de cause, le défendeur, dans un cas de réception en connaissance de cause, n'est aucunement impliqué dans un méfait perpétré par le fiduciaire perfide.

La cause d'action, dans un cas de réception en connaissance de cause, naît plutôt du simple fait que le défendeur a reçu irrégulièrement des biens appartenant au demandeur. L'action du demandeur revient simplement à dire: «Vous avez injustement en votre possession des biens qui m'appartiennent. Rendez-les-moi.» Contrairement aux cas d'aide apportée en connaissance de cause, aucune conclusion à l'existence d'une faute n'est tirée, aucune illégalité n'est commise par le défendeur et il n'y a aucune réclamation de dommages-intérêts. Il s'agit simplement, au fond, de savoir qui a davantage droit au bien contesté.

In *Air Canada*, this Court appropriately applied the reasoning developed in *Carl Zeiss Stiftung* and *Montagu's Settlement* in support of the actual knowledge requirement for liability in knowing assistance cases. I should add that, as discussed above, *Carl Zeiss Stiftung* and *Montagu's Settlement* required actual knowledge on the part of the stranger to justify liability in circumstances of knowing receipt. In my view, actual knowledge is inappropriate as a test for liability in knowing receipt cases.

Given the differences between the two causes of action, I can see no good reason why the standard of knowledge which will give rise to liability ought necessarily to be the same. As Millett J. said in *Agip (Africa) Ltd.* (at p. 292):

The basis of liability in the two types of cases is quite different; there is no reason why the degree of knowledge required should be the same, and good reason why it should not.

Harpum discusses the policy considerations which support the application of a stricter standard on strangers in receipt of trust property than that applied to strangers who assist in a breach of trust (at pp. 126-27):

In such a case [of knowing receipt], the conflict between the beneficiary and the stranger is at its most acute, because the court has in effect to determine which of them has the better title to the trust property. The winner takes all and the loser is left with a claim against the trustee that is likely to be worthless. Because the beneficiary stands to lose outright his beneficial interest, equity is at her most demanding, and insists upon compliance with her most exacting standard.

In all other cases, a stranger should be liable only if he had actual knowledge of, or wilfully closed his eyes to, the terms of the trust, or as the case may be, to the dishonest and fraudulent design on the part of the trustee. No question as to the title of the trust property is in issue. . . . In cases of knowing inducement and assis-

Dans *Air Canada*, notre Cour a correctement appliqué le raisonnement suivi dans *Carl Zeiss Stiftung* et dans *Montagu's Settlement* pour justifier l'exigence de connaissance de fait pour que la responsabilité soit engagée dans un cas d'aide apportée en connaissance de cause. Je me dois d'ajouter que, comme je l'ai dit précédemment, *Carl Zeiss Stiftung* et *Montagu's Settlement* exigeaient que le tiers ait une connaissance de fait pour que sa responsabilité soit engagée dans un cas de réception en connaissance de cause. Selon moi, la connaissance de fait n'est pas appropriée comme critère de responsabilité dans les cas de réception en connaissance de cause.

Étant donné les différences entre les deux causes d'action, je ne vois pas pourquoi la norme de connaissance nécessaire pour engager la responsabilité devrait être nécessairement la même. Comme le juge Millett l'a affirmé dans *Agip (Africa) Ltd.* (à la p. 292):

[TRADUCTION] Le fondement de la responsabilité dans les deux types de cas est complètement différent; il n'y a aucune raison pour que le degré de connaissance requis soit le même, et il y a de bonnes raisons pour qu'il ne le soit pas.

Harpum analyse les considérations de principe qui justifient l'application aux tiers qui reçoivent des biens en fiducie d'une norme plus stricte que celle appliquée aux tiers qui aident à commettre un manquement à une obligation fiduciaire (aux pp. 126 et 127):

[TRADUCTION] Dans un tel cas [de réception en connaissance de cause], le conflit entre le bénéficiaire et le tiers est à son point critique, parce que la cour a, en fait, à déterminer qui des deux a davantage droit aux biens en fiducie. Celui qui a gain de cause emporte tout et, à celui qui perd, il ne reste qu'une réclamation contre le fiduciaire, qui a de bonnes chances d'être sans valeur. Parce que le bénéficiaire risque de perdre au complet son droit bénéficiaire, l'équité impose la plus grande rigueur et exige le respect de sa norme la plus stricte.

Dans tous les autres cas, le tiers ne devrait être responsable que s'il a eu une connaissance de fait des conditions de la fiducie ou du dessein malhonnête et frauduleux du fiduciaire, ou s'il a fait preuve d'ignorance volontaire à cet égard. Aucune question ne se pose quant au droit de propriété des biens en fiducie. [. . .] Dans les

50

51

52

tance, the stranger may never have received any part of the trust property. . . . In cases of knowing assistance, the emphasis on participation by the stranger in the fraud of the trustee necessarily implies that the stranger will be liable only if he acts in bad faith. [Emphasis added.]

53

Therefore, to conclude my discussion of the applicable legal principles, in order to recover the disputed property, the plaintiff must prove the following:

- (1) That the property was subject to a trust in favour of the plaintiff;
- (2) That the property, which the defendant received, was taken from the plaintiff in breach of trust; and
- (3) That the defendant did not take the property as a *bona fide* purchaser for value without notice. The defendant will be taken to have notice if the circumstances were such as to put a reasonable person on inquiry, and the defendant made none, or if the defendant was put off by an answer which would not have satisfied a reasonable person.

54

Before turning to consider whether the guarantee in question was subject to a trust in favour of the plaintiff, I must first address the respondent's argument that the principles of knowing receipt are inapplicable to the present case, because the Bank never received any trust assets. Specifically, the Bank contended that the guarantee itself is not property and that, accordingly, in receiving the guarantee, the Bank did not acquire any property which could be the subject of a knowing receipt claim. I do not agree with this argument. There is some commentary which suggests that a guarantee does not constitute security of a proprietary nature since it is contract security and unlike a mortgage or pledge (K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996), at p. 5). However, on the facts of this case, when the Bank obtained the guarantee from Primary, it also acquired, as found by Haley J., a \$1.2 million collateral mortgage on real estate belonging to Primary in support of the guarantee. As such, the Bank received both a contractual

cas d'incitation et d'aide apportée en connaissance de cause, il se peut que le tiers n'ait jamais reçu aucun des biens en fiducie. [. . .] Dans les affaires d'aide apportée en connaissance de cause, l'accent mis sur la participation du tiers à la fraude commise par le fiduciaire implique nécessairement que le tiers sera responsable seulement s'il agit de mauvaise foi. [Je souligne.]

Par conséquent, pour conclure mon analyse des principes juridiques applicables, le demandeur doit, pour récupérer les biens contestés, établir ce qui suit:

- (1) que les biens étaient sujets à une fiducie en faveur du demandeur;
- (2) que les biens que le défendeur a reçus ont été enlevés au demandeur en violation d'une obligation fiduciaire;
- (3) que le défendeur n'a pas acquis les biens à titre d'acquéreur de bonne foi moyennant contrepartie et sans connaissance de cause. Le défendeur sera réputé avoir eu connaissance si les circonstances étaient propres à inciter une personne raisonnable à demander des renseignements et qu'elle n'en a pas demandé, ou si elle s'est contentée d'une réponse qui n'aurait pas satisfait une personne raisonnable.

Avant d'examiner si la garantie en question était sujette à une fiducie en faveur du demandeur, je dois d'abord analyser l'argument de l'intimée selon lequel les principes de la réception en connaissance de cause sont inapplicables en l'espèce parce que la banque n'a jamais reçu aucun bien de la fiducie. Plus précisément, la banque a soutenu que la garantie elle-même n'est pas un bien et que, par conséquent, en la recevant, la banque n'a acquis aucun bien qui pourrait faire l'objet d'une action fondée sur la réception en connaissance de cause. Je ne suis pas d'accord avec cet argument. Une certaine doctrine donne à entendre qu'une garantie ne constitue pas un titre d'une nature propriétaire étant donné qu'il s'agit d'une garantie contractuelle et qu'elle diffère de l'hypothèque et du nantissement (K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), à la p. 5). Cependant, d'après les faits de la présente affaire, lorsque la banque a obtenu la garantie de Primary, elle a aussi obtenu, comme l'a constaté le juge Haley, une

undertaking to assume the obligations of Trojan in the event of its default, and security of a proprietary nature in support of that undertaking. The mortgage, as security for the guarantee, conferred on the Bank a proprietary interest in the trust property. The guarantee provided by Primary, supported by a collateral mortgage over property owned by Primary, in my view, constitutes property which can be made the subject of a knowing receipt claim. Even if one takes the position that the guarantee does not constitute trust property, the giving of the guarantee confers a valuable benefit on the Bank and correspondingly encumbers the estate and detracts from its value. The benefit conferred on the Bank and the resulting loss in value suffered by the estate are sufficient, in my view, to bring the guarantee within the knowing receipt category of liability.

Furthermore, in the present action, the Bank has attempted to enforce the guarantee against Primary. If the guarantee is enforced, then the Bank will clearly receive property. For these reasons and on policy grounds, in my opinion, the disputed guarantee can be the subject of a claim in knowing receipt.

I will now turn to the question of whether the guarantee was subject to a trust in favour of Gold. The trial judge found that a trust existed under the testator's will. Gold was a beneficiary of that trust. The respondent disputes neither of these holdings. As discussed above, the guarantee deals with rights in the trust corpus. Therefore, in my view, it constitutes property of the trust. Thus, the first element of knowing receipt has been made out: the disputed property was subject to a trust in favour of the appellant.

The second part of the knowing receipt test requires the plaintiff to show that the defendant received property, in its own right, which was taken from him without authority. In this case, it is

hypothèque subsidiaire de 1,2 million de dollars sur des biens immobiliers appartenant à Primary au soutien de la garantie. Par conséquent, la banque a reçu à la fois une promesse contractuelle d'acquitter les obligations de Trojan en cas de défaut de sa part, et un titre de nature propriétaire au soutien de cette promesse. L'hypothèque, comme soutien de la garantie, conférait à la banque un droit de propriété sur les biens en fiducie. La garantie fournie par Primary, soutenue par une hypothèque subsidiaire sur des biens appartenant à Primary, constitue, selon moi, un bien qui peut faire l'objet d'une action fondée sur la réception en connaissance de cause. Même si l'on adopte le point de vue selon lequel la garantie n'est pas un bien en fiducie, la dation de la garantie confère à la banque un avantage précieux qui, à son tour, grève la succession et en diminue la valeur. L'avantage conféré à la banque et la perte de valeur qui s'ensuit pour la succession suffisent, à mon avis, pour faire entrer la garantie dans la catégorie de la responsabilité fondée sur la réception en connaissance de cause.

En outre, dans la présente action, la banque a tenté de faire exécuter la garantie par Primary. Si la garantie est exécutée, la banque recevra alors clairement des biens. Pour ces raisons et des motifs de principe, je suis d'avis que la garantie contestée peut faire l'objet d'une action fondée sur la réception en connaissance de cause.

Je vais maintenant examiner la question de savoir si la garantie était sujette à une fiducie en faveur de Gold. Le juge de première instance a conclu qu'une fiducie existait en vertu du testament du testateur. Gold était un bénéficiaire de cette fiducie. L'intimée ne conteste aucune de ces conclusions. Comme je l'ai indiqué précédemment, la garantie concerne des droits sur le capital de la fiducie. J'estime donc qu'elle constitue un bien de la fiducie. Ainsi, l'existence du premier élément de la réception en connaissance de cause est établie: le bien contesté était sujet à une fiducie en faveur de l'appellant.

La deuxième partie du critère de la réception en connaissance de cause exige que le demandeur montre que le défendeur a reçu des biens, de son propre chef, qui lui ont été enlevés sans droit. En

55

56

57

clear that the Bank took possession of the guarantee in its own right and not as an agent for a third party. With regard to whether or not the guarantee was given to the Bank in breach of trust, it is necessary to examine the circumstances surrounding the agreement. As noted above, Gold was a beneficiary of his grandfather's estate. The assets of the estate included the shares of Primary. Rosenberg was an executor of the estate. The trial judge found that Rosenberg owed a fiduciary duty to Gold under the Power of Attorney and also to him as a 50 percent beneficiary of the estate. The trial judge further found that, in giving the guarantee to the Bank, Rosenberg acted in breach of trust. In my view, deference is due to all of these findings of fact. Furthermore, I fully agree with Haley J.'s conclusions.

l'espèce, il est clair que la banque a pris possession de la garantie de son propre chef et non comme mandataire d'un tiers. Quant à la question de savoir si la garantie a été donnée à la banque en violation d'une obligation fiduciaire, il faut examiner les circonstances qui ont entouré l'entente. Comme je l'ai noté précédemment, Gold était un bénéficiaire de la succession de son grand-père. Les actions de Primary faisaient partie de la succession. Rosenberg était un exécuteur de la succession. Le juge de première instance a conclu que Rosenberg avait une obligation fiduciaire envers Gold aux termes de la procuration donnée et aussi parce que Gold était bénéficiaire à 50 pour 100 de la succession. Le juge de première instance a aussi conclu qu'en donnant la garantie à la banque Rosenberg avait manqué à une obligation fiduciaire. Selon moi, il faut faire preuve de retenue à l'égard de toutes ces conclusions de fait. En outre, je souscris entièrement aux conclusions du juge Haley.

58 Rosenberg placed an encumbrance on the assets of the estate in order to secure a loan to himself. The transactions surrounding the guarantee benefited only Rosenberg and the Bank; they did not offer any benefit to the appellant. Indeed, the guarantee represented a subtraction from the value of the estate. This kind of self-dealing is a clear breach of trust. Accordingly, in my opinion, the respondent Bank received property which was taken from Gold in breach of trust.

Rosenberg a grevé les biens de la succession dans le but d'obtenir lui-même un prêt. Seuls Rosenberg et la banque bénéficiaient des opérations entourant la garantie; l'appelant n'en tirait aucun avantage. En fait, la garantie représentait une diminution de la valeur de la succession. Ce genre d'opération entre initiés est clairement un manquement à une obligation fiduciaire. J'estime donc que la banque intimée a reçu des biens qui ont été enlevés à Gold en violation d'une obligation fiduciaire.

59 Lastly, the appellant must show that there is no juristic reason for the respondent's enrichment. As the parties did not argue whether or not the Bank was a mere volunteer, I will not address that issue, assuming instead that the Bank did give value for the guarantee. Consequently, in the facts of this case, the appellant must demonstrate that the Bank did not acquire the property as a *bona fide* purchaser for value without notice. The question then becomes whether the circumstances were such as to place the Bank on inquiry.

Enfin, l'appelant doit montrer qu'aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement de l'intimée. Étant donné que les parties n'ont pas débattu la question de savoir si la banque était un simple acquéreur à titre gratuit, je n'examinerai pas cette question, présumant au lieu de cela que la banque a fourni une contrepartie à la garantie. Par conséquent, compte tenu des faits de la présente affaire, l'appelant doit démontrer que la banque n'a pas acquis les biens à titre d'acquéreur de bonne foi moyennant contrepartie et sans connaissance de cause. Il faut alors se demander si les circonstances étaient de nature à inciter la banque à se renseigner.

In my view, the circumstances were sufficiently suspicious to give rise to an obligation on the part of the Bank to make reasonable inquiries to ensure that Rosenberg was not acting in breach of trust. In *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417, the House of Lords considered the circumstances in which a bank will have a duty to inquire when receiving a guarantee from the debtor's spouse. The House of Lords held that, where a woman enters into a manifestly disadvantageous transaction, and where there is a substantial risk that the husband has committed some equitable or legal wrong (i.e., undue influence or misrepresentation) in order to secure the woman's consent to the guarantee, the Bank is placed on its inquiry. It then must take reasonable steps to ensure that the wife's agreement to stand as surety has been properly obtained.

I note that *Barclays Bank* dealt specifically with circumstances where the debtor and the guarantor were husband and wife and cohabitants, as described by the court. However, the House of Lords indicated that a duty to inquire may also arise in the context of parent-child guarantees (at p. 431). The following comment by Lord Browne-Wilkinson suggests that a bank may have a duty to inquire in a broader range of circumstances (at p. 431):

in a case where the creditor is aware that the surety reposes trust and confidence in the principal debtor in relation to his financial affairs, the creditor is put on inquiry in just the same way as it is in relation to husband and wife.

Further, a mortgage obtained from an employee to secure the debt of the employer and the business of the employer was held to fall within the rule as developed in *Barclays Bank* even though the parties were not cohabitants or family members (*Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch*, [1997] 1 All E.R. 144, at p. 147).

Selon moi, les circonstances étaient assez suspectes pour que la banque soit tenue de s'assurer raisonnablement que Rosenberg n'agissait pas en violation d'une obligation fiduciaire. Dans l'arrêt *Barclays Bank plc c. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417, la Chambre des lords a examiné les circonstances dans lesquelles une banque a l'obligation de demander des renseignements lorsqu'elle reçoit une garantie de la part du conjoint d'un débiteur. La Chambre des lords a statué que, lorsqu'une femme effectue ce qui est manifestement une opération désavantageuse, et qu'il y a un risque énorme que son époux ait contrevenu à l'*equity* ou à la common law (c'est-à-dire en commettant un abus d'influence ou en faisant des déclarations inexactes) pour obtenir son consentement à la garantie, la banque est dans une situation où elle doit se renseigner. Elle doit alors prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que le consentement de l'épouse à servir de caution a été obtenu régulièrement.

Je souligne que l'arrêt *Barclays Bank* concernait précisément une situation où le débiteur et sa caution étaient mari et femme et cohabitaient, comme l'a relaté la cour. Cependant, la Chambre des lords a indiqué que l'obligation de se renseigner peut aussi naître dans le contexte de garanties mettant en cause parents et enfants (à la p. 431). Le commentaire suivant de lord Browne-Wilkinson donne à penser qu'une banque peut avoir l'obligation de se renseigner dans bien d'autres circonstances (à la p. 431):

[TRADUCTION] dans une affaire où le créancier sait que la caution s'en remet en toute confiance au débiteur principal quant à ses affaires financières, le créancier est dans une situation où il doit se renseigner, exactement de la même manière que dans le cas d'un mari et de sa femme.

En outre, il a été jugé qu'une hypothèque obtenue d'un employé pour garantir une dette de l'employeur et de l'entreprise de l'employeur relevait de la règle établie dans *Barclays Bank*, même si les parties ne cohabitaient pas ou n'étaient pas membres d'une même famille (*Credit Lyonnais Bank Nederland NV c. Burch*, [1997] 1 All E.R. 144, à la p. 147).

60

61

62

63

In light of the foregoing, in my view, the present facts were sufficiently suspicious to put the Bank on inquiry. In reaching this conclusion, I rely particularly on the following facts:

- (1) Kenneth Slack, the Toronto-Dominion account manager knew all of the relevant details of Abraham Rosenberg's will and of the estate, in which Rosenberg and Gold held equal interests.
- (2) Slack knew that Gold left the management of the estate entirely to Rosenberg, and that Gold had in fact executed a Power of Attorney in favour of Rosenberg.
- (3) As the account manager, Slack knew all of the details of the banking arrangements made by Rosenberg in July of 1989.
- (4) As mentioned above, Slack knew that Gold had not yet signed the Directors' resolution authorizing the guarantee at the time that the loans were advanced to Trojan.
- (5) Slack must have known that these dealings were to the advantage of neither the estate nor Gold. As the trial judge said (at para. 37):

There can be no doubt that a banker with the experience of Mr. Slack . . . would have been very much aware that the financial position of the Estate Group had been altered to its disadvantage He knew that Gold's 50% interest in the estate was now at greater risk than it had been in November 1988 and he also knew that Rosenberg, acting under a Power of Attorney, was in a much better credit position than he had been before the consolidation.

64

These facts are sufficiently unusual to place the Bank on inquiry. It failed to take reasonable steps to ensure that the guarantee did not constitute a breach of trust. Accordingly, it is fixed with notice of the breach of trust.

65

The question which then arises is whether the Bank made sufficient inquiry or, alternatively,

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que les faits de la présente affaire étaient assez suspects pour que la banque soit tenue de se renseigner. En tirant cette conclusion, je m'appuie particulièrement sur les faits suivants:

- (1) Kenneth Slack, le directeur des comptes de Toronto-Dominion connaissait tous les détails pertinents du testament et de la succession d'Abraham Rosenberg, dans lesquels Rosenberg et Gold avaient des intérêts égaux.
- (2) Slack savait que Gold avait confié toute la gestion de la succession à Rosenberg, et qu'en fait Gold avait signé une procuration en faveur de Rosenberg.
- (3) À titre de directeur des comptes, Slack connaissait tous les détails des arrangements bancaires faits par Rosenberg en juillet 1989.
- (4) Tel que mentionné plus haut, Slack savait que, à l'époque où les prêts ont été consentis à Trojan, Gold n'avait pas encore signé la résolution des administrateurs qui autorisait la garantie.
- (5) Slack devait savoir que ces opérations n'étaient avantageuses ni pour la succession ni pour Gold. Comme le juge de première instance l'a dit (au par. 37):

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute qu'un banquier d'expérience comme M. Slack [. . .] aurait su que la situation financière du groupe de la succession avait été modifiée de façon désavantageuse. [. . .] Il savait que l'intérêt de 50 pour 100 de Gold dans la succession était dorénavant plus en péril qu'en novembre 1988, et il savait aussi qu'en agissant en vertu de la procuration Rosenberg était, sur le plan de son crédit, dans une bien meilleure position qu'avant la consolidation.

Ces faits sont assez inhabituels pour inciter la banque à demander des renseignements. Elle a omis de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que la garantie ne constituait pas un manquement à une obligation fiduciaire. Par conséquent, elle se voit donc attribuer la connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire.

Il faut alors se demander si la banque s'est suffisamment renseignée ou, subsidiairement, si elle a

whether it received assurances which would have satisfied a reasonable person. In this respect, the respondent relies on the opinion letter sent by Sills, Madorin which stated that the guarantee complied with all legal requirements. However, in my opinion, this letter does not satisfy the Bank's obligation to make reasonable inquiry. My conclusion on this point is supported by the holding in *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577 (C.A.). Mrs. Bertolo provided a promissory note and a mortgage on her house to the bank to secure her son's indebtedness. She was not fluent in English and she had little education. The bank required that she obtain independent legal advice and undertook to ensure that she received such advice. A partner to the lawyer who was acting for both the bank and Mrs. Bertolo's son advised Mrs. Bertolo; this advice satisfied the bank. The court held that the bank could not enforce the promissory note against Mrs. Bertolo since she did not understand the nature of the transactions nor the extent of her liability. The court stated that there was no fiduciary relationship as between the debtor and the bank, but that the bank (at p. 587):

was aware, or ought to have been aware, that this woman had not had the benefit of independent legal advice with respect to a transaction which, from a business viewpoint, was manifestly disadvantageous to her.

In the present case, the Bank knew that the law firm was acting on behalf of all parties: it represented Rosenberg, Trojan, the estate and the estate companies. Therefore, it knew that the firm could not have given Gold independent legal advice with regard to signing the directors' resolution which authorized the guarantee. In my view, the opinion letter does not satisfy the Bank's "duty" to inquire. Accordingly, the Bank is fixed with notice of the breach of trust and, therefore, takes the guarantee subject to Gold's equity. For these reasons, in my view, the Bank cannot enforce the guarantee against Primary.

Before this Court, counsel for the respondent argued that imposing liability on the Bank in the

reçu l'assurance qui aurait satisfait une personne raisonnable. À cet égard, l'intimée invoque la lettre d'opinion envoyée par Sills, Madorin, qui précise que la garantie était conforme à toutes les exigences légales. Toutefois, j'estime que cette lettre ne satisfait pas à l'obligation de la banque de s'informer raisonnablement. Ma conclusion sur ce point est étayée par l'arrêt *Bertolo c. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577 (C.A.). Madame Bertolo avait signé un billet à ordre et consenti une hypothèque sur sa maison en faveur de la banque afin de garantir la dette de son fils. Elle ne parlait pas l'anglais couramment et avait peu d'instruction. La banque a exigé qu'elle obtienne un avis juridique indépendant et s'est assurée qu'elle reçoit cet avis. Un associé de l'avocat qui agissait tant au nom de la banque qu'au nom du fils de M^{me} Bertolo a conseillé cette dernière; ces conseils ont satisfait la banque. La cour a conclu que la banque ne pouvait pas faire exécuter le billet à ordre par M^{me} Bertolo puisque celle-ci n'avait saisi ni la nature des opérations ni l'étendue de sa responsabilité. La cour a statué qu'il n'y avait aucune relation fiduciaire entre le débiteur et la banque, mais que la banque (à la p. 587):

[TRADUCTION] savait, ou aurait dû savoir, que cette femme n'avait pas bénéficié d'un avis juridique indépendant quant à l'opération qui, du point des affaires, était manifestement désavantageuse pour elle.

En l'espèce, la banque savait que le cabinet d'avocats représentait toutes les parties, c'est-à-dire Rosenberg, Trojan, la succession et les compagnies de la succession. Par conséquent, elle savait que le cabinet ne pouvait pas avoir donné à Gold un avis indépendant quant à la signature de la résolution des administrateurs qui autorisait la garantie. Selon moi, la lettre d'opinion ne satisfait pas au «devoir» de la banque de se renseigner. Par conséquent, la banque se voit attribuer la connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire et accepte donc la garantie sous réserve des droits de Gold en *equity*. Pour ces motifs, j'estime que la banque ne peut pas faire exécuter la garantie par Primary.

Devant notre Cour, l'avocat de l'intimée a allégué qu'attribuer la responsabilité à la banque

present case would put an unreasonable burden on banks to ensure that every transaction which they facilitated did not involve a breach of trust. I do not agree. This responsibility will only arise in those circumstances where the Bank beneficially receives property. In this respect, the Bank will be in the same position as that occupied by any person who receives property, a state of the law which seems eminently fair, in my view.

68 For all of these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and substitute therefor an order to the effect that the \$1.2 million guarantee shall be unenforceable as against Primary. I would make the foregoing order with costs here and in the Court of Appeal.

The judgment of Sopinka, McLachlin and Major JJ. was delivered by

69 SOPINKA J. — I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, Iacobucci J., in this appeal as well as those of La Forest J. in *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805, with which I concur subject to my comments in these reasons. While I agree with Iacobucci J.'s approach to liability for knowing assistance, I have serious reservations with his conclusion that this is a knowing receipt case but, assuming it is, I cannot agree that the bank is liable for breach of its duty to inquire.

70 The case was presented in both the trial court and the court of appeal as a knowing assistance case. It was dealt with in those courts on that basis. The theory that it was a knowing receipt was raised in this Court. While, no doubt, we have the jurisdiction to do so, this Court is reluctant to allow a party to depart from the theory of liability as presented in the courts from which an appeal is taken. Assuming the issue should be entertained, I have difficulty believing that when a bank receives a guarantee supported by a collateral mortgage on

en l'espèce aurait pour résultat d'imposer aux banques une obligation déraisonnable de s'assurer que chaque opération qu'elles facilitent ne comporte aucun manquement à une obligation fiduciaire. Je ne suis pas d'accord. Cette responsabilité ne sera engagée que si la banque reçoit des biens à titre bénéficiaire. À cet égard, la banque sera dans la même situation que toute personne qui reçoit un bien, un état du droit qui me semble parfaitement équitable.

Pour tous ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel et j'y substituerais une ordonnance selon laquelle on ne peut pas faire exécuter la garantie de 1,2 million de dollars par Primary. Je rendrais l'ordonnance qui précède avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

Version française du jugement des juges Sopinka, McLachlin et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai pris connaissance des motifs rédigés par mon collègue le juge Iacobucci dans le présent pourvoi, ainsi que de ceux du juge La Forest dans l'arrêt *Citadelle (La)*, *Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805, motifs auxquels je souscris, sous réserve des commentaires ci-après. Bien que je sois d'accord avec la façon dont le juge Iacobucci aborde la responsabilité pour l'aide apportée en connaissance de cause, j'émetts de sérieuses réserves quant à sa conclusion qu'il s'agit d'un cas de réception en connaissance de cause, mais en supposant qu'il en soit ainsi, je ne puis convenir que la banque est responsable d'un manquement à son devoir de se renseigner.

L'affaire a été présentée, en première instance et en appel, comme un cas d'aide apportée en connaissance de cause et elle y a été traitée comme telle. La thèse selon laquelle il s'agissait d'un cas de réception en connaissance de cause a été avancée devant notre Cour. Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'elle a compétence pour le faire, notre Cour hésite à permettre à une partie de s'écarter de la thèse de la responsabilité qui a été soumise devant les tribunaux dont la décision est portée en appel. À supposer qu'il y ait lieu d'instruire la

trust property, it has received the trust property to its own use and benefit. The *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) provides the following principal definition of the verb to receive:

To take in one's hand, or into one's possession (something held out or offered by another); to take delivery of (a thing) from another, either for oneself or for a third party.

In the context of knowing receipt cases, I would say that to receive trust property means, at a minimum, to take the trust property into one's possession. Possession here does not imply any form of ownership. It implies only physical control.

Does the bank receive the trust property into its possession simply because it holds a guarantee supported by a collateral mortgage on that property? I believe it does not. A guarantee is a contract whose performance is contingent on the default of the principal debtor: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996), at pp. 318-19. See also *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1993), vol. 20, at pp. 56-65, 115-16, 123-24. The guarantor is liable to make good the debts of the principal debtor. If the guarantor supports the guarantee with a mortgage on real property, the creditor only enjoys, at best, a contingent interest in that property. The guarantee supported by the mortgage is no more than a contractual undertaking by the guarantor that, if the principal debtor defaults and the guarantor cannot make good the debt from his or her other assets, the creditor will receive the trust property. The mortgage is security for the performance of the contractual provision embodied in the guarantee.

The Bank Acted Reasonably

Even if this is properly viewed as a knowing receipt case, in my view the bank, knowing what it knew, acted reasonably in the circumstances. It

question, j'ai du mal à croire que, lorsqu'une banque reçoit une garantie assortie d'une hypothèque subsidiaire sur des biens en fiducie, elle reçoit ces biens à ses propres usage et profit. Le *Nouveau Petit Robert* (1995) donne la définition principale suivante du verbe «recevoir»:

I. [. . .] Se voir adresser (qqch.). 1. Être mis en possession de (qqch.) par un envoi, un don, un paiement, etc.

Dans les cas de réception en connaissance de cause, je dirais que la réception de biens en fiducie signifie, à tout le moins, le fait d'en prendre possession. La possession, ici, n'implique aucune forme de propriété. Elle n'implique que le contrôle physique de la chose.

La banque est-elle mise en possession des biens simplement parce qu'elle détient une garantie assortie d'une hypothèque subsidiaire sur ceux-ci? Je ne le crois pas. La garantie est un contrat dont l'exécution dépend du défaut du débiteur principal: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), aux pp. 318 et 319. Voir également *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1993), vol. 20, aux pp. 56 à 65, 115, 116, 123 et 124. La caution a la responsabilité de payer les dettes du débiteur principal. Si la caution assortit la garantie d'une hypothèque sur des biens immeubles, le créancier ne jouit, au mieux, que d'un droit éventuel sur ces biens. La garantie assortie d'une hypothèque n'est qu'une promesse contractuelle de la caution que, si le débiteur principal fait défaut et que la caution ne peut payer la dette au moyen de ses autres biens, le créancier recevra les biens en fiducie. L'hypothèque sert à cautionner la disposition contractuelle que constitue la garantie.

La banque a agi raisonnablement

Même si la présente affaire est considérée à bon droit comme un cas de réception en connaissance de cause, j'estime que la banque, compte tenu de

71

72

73

therefore cannot be found liable and the appeal should be dismissed.

74

In order to establish that the respondent was in “knowing” receipt, the appellant must establish one of the following:

(i) actual knowledge; (ii) wilfully shutting one’s eyes to the obvious; (iii) wilfully and recklessly failing to make such inquiries as an honest and reasonable man would make; (iv) knowledge of circumstances which would indicate the facts to an honest and reasonable man; (v) knowledge of circumstances which would put an honest and reasonable man on inquiry.

Baden v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l’Industrie en France SA, [1992] 4 All E.R. 161 (Ch.), at p. 235.

75

My colleague finds that the bank had knowledge on the basis of item (v), that is, knowledge of circumstances which would put an honest and reasonable person upon inquiry. What then was the knowledge that the bank had? The bank had knowledge of the following circumstances:

- (1) Gold was content to leave the management of the estate to Rosenberg and had signed a general power of attorney in favour of Rosenberg to this effect.
- (2) A guarantee along with a collateral mortgage was duly executed by Primary.
- (3) The solicitor for the estate (selected by Gold and Rosenberg) and for the guarantor acted on the guarantee and formally attested to its validity by letter.
- (4) The accountants for the estate and the guarantor gave financial advice with respect to the guarantee.
- (5) Gold had signed a resolution as one of the directors of Primary in the office of Mr. Sills, a senior partner of the law firm representing the estate and the guarantor.
- (6) Rosenberg’s share of the estate was worth far in excess of the amount of the guarantee.

ce qu’elle savait, a agi raisonnablement dans les circonstances. Elle ne peut donc être tenue responsable et le pourvoi doit être rejeté.

Pour établir que l’intimée a reçu les biens «en connaissance de cause», l’appelant doit prouver l’existence de l’un des éléments suivants:

[TRADUCTION] (i) la connaissance de fait, (ii) la volonté de ne pas se rendre à l’évidence, (iii) l’omission délibérée et insouciante de demander les renseignements que demanderait une personne honnête et raisonnable, (iv) la connaissance des circonstances qui indiqueraient l’existence des faits à une personne honnête et raisonnable, et (v) la connaissance de circonstances qui inciteraient une personne honnête et raisonnable à se renseigner.

Baden c. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l’Industrie en France SA, [1992] 4 All E.R. 161 (Ch.), à la p. 235.

Mon collègue conclut que la banque avait la connaissance décrite à l’article (v), c’est-à-dire la connaissance de circonstances qui inciteraient une personne honnête et raisonnable à se renseigner. Que savait donc la banque? La banque connaissait les circonstances suivantes:

- (1) Gold s’est contenté de confier la gestion de la succession à Rosenberg et il avait signé à cette fin une procuration générale en faveur de Rosenberg.
- (2) Une garantie assortie d’une hypothèque subsidiaire a été dûment signée par Primary.
- (3) Le procureur de la succession (choisi par Gold et Rosenberg) et de la caution a rédigé la garantie et en a officiellement certifié la validité par lettre.
- (4) Les comptables de la succession et la caution ont donné des conseils financiers concernant la garantie.
- (5) Gold avait signé une résolution en sa qualité d’administrateur de Primary, dans le bureau de M. Sills, un associé principal du cabinet d’avocats qui représentait la succession et la caution.
- (6) La valeur de la part de la succession qui revenait à Rosenberg excédait de loin le montant de la garantie.

In my opinion, an honest person with knowledge of these facts would not have made further inquiries. Indeed, it is difficult to determine to whom such inquiries would be directed. As stated by Laskin J.A. (25 O.R. (3d) 601, at p. 610):

Gold argues that the bank had a duty to go behind the resolution and the opinion letter to inquire about the fairness of the transaction. But inquire of whom? Presumably the lawyers and the accountants who acted on the transaction would have affirmed its fairness if asked. And the bank could reasonably assume that Gold would give the guarantee to help his uncle.

I would add that if Gold had been asked about the guarantee, he would hardly have questioned it in view of the fact that he signed the resolution. I agree with Laskin J.A. (at pp. 607-8) that at the time:

... Gold knew what a guarantee was, he knew the reason for this guarantee and he knew the possible consequences of authorizing it. He was not misled about the purpose, the effect or the risk of giving his approval.

It was only later when circumstances changed that he questioned the guarantee. Inquiries to Gold would not, therefore, have alerted the bank to any facts which would have raised a doubt about the transaction.

As I read my colleague's reasons, he does not answer the question what would an inquiry have revealed but suggests that the bank should have insisted that Gold receive independent legal advice.

In certain circumstances, a third party in the position of the bank will not have discharged its duty to inquire unless the guarantor has been advised to obtain independent legal advice. In certain cases, the law imposes on a creditor a duty to inquire when the transaction is clearly detrimental to the person offering security and the relationship between that person and the principal debtor is particularly close. In such circumstances, the law presumes undue influence on the part of the princi-

À mon avis, la personne honnête au courant de ces faits n'aurait pas demandé d'autres renseignements. En réalité, il est difficile de déterminer à qui il faudrait demander de tels renseignements. Comme l'a dit le juge Laskin (25 O.R. (3d) 601, à la p. 610):

[TRADUCTION] Gold prétend que la banque avait l'obligation de vérifier la résolution et la lettre d'opinion pour se renseigner sur l'équité de l'opération. Mais à qui devait-elle s'adresser? Les avocats et comptables qui ont préparé l'opération auraient vraisemblablement affirmé qu'elle était équitable, si on le leur avait demandé. Et la banque pouvait raisonnablement supposer que Gold consentirait la garantie pour aider son oncle.

J'ajouterais que si l'on avait demandé à Gold ce qu'il pensait de la garantie, il ne l'aurait guère mise en question vu qu'il avait signé la résolution. Je souscris à l'opinion du juge Laskin (aux pp. 607 et 608) qu'à cette époque:

[TRADUCTION] ... Gold savait ce qu'était une garantie, [...] il connaissait la raison de cette garantie et [...] il savait quelles étaient les conséquences possibles de son autorisation. Il n'a pas été induit en erreur quant à l'objet, à l'effet ou au risque de son approbation.

Ce n'est que plus tard, quand la situation a changé, qu'il a mis en question la garantie. Par conséquent, en s'enquérant auprès de Gold, la banque n'aurait pas appris l'existence de faits qui lui auraient fait douter de l'opération.

Si je comprends bien ses motifs, mon collègue ne répond pas à la question de savoir ce qu'une demande de renseignements aurait révélé, mais il laisse entendre que la banque aurait dû insister pour que Gold reçoive un avis juridique indépendant.

Dans certaines circonstances, un tiers dans la même position que la banque ne se sera acquitté de son obligation de se renseigner que si la caution s'est vu conseiller d'obtenir un avis juridique indépendant. Dans certains cas, la loi oblige le créancier à se renseigner lorsque l'opération est manifestement préjudiciable à la personne qui offre le cautionnement et que le lien qui existe entre cette personne et le débiteur principal est particulièrement étroit. En pareilles circonstances, la loi sup-

76

77

78

pal debtor. The clearest type of relationship giving rise to this presumption is that of husband and wife. Iacobucci J. cites *Barclays Bank plc v. O'Brien*, [1993] 4 All E.R. 417, in which the House of Lords extended this presumption to include cohabitants. Lord Browne-Wilkinson held that when a creditor is approached by cohabitants, one the principal debtor and the other the surety, and the proposed transaction is clearly to the disadvantage of the surety, it will be under a duty to inquire. A creditor can discharge this duty by explaining to the surety in a meeting not attended by the principal debtor the amount of her potential liability and the risks involved and advising her to take independent advice: *Barclays*, *supra*, at pp. 431-32.

79

At one point in his reasons, Lord Browne-Wilkinson appeared to extend the duty beyond cohabiting couples when he characterized the kinds of relationships that will trigger the duty to inquire as follows, at p. 431:

[I]n a case where the creditor is aware that the surety reposes trust and confidence in the principal debtor in relation to his financial affairs, the creditor is put on inquiry in just the same way as it is in relation to husband and wife.

When setting out the strict requirements of a separate meeting with the surety, however, Lord Browne-Wilkinson spoke of “the emotional pressure of cohabitation” (p. 431). Elsewhere, he spoke of how “the sexual and emotional ties between the [married] parties provide a ready weapon for undue influence” (p. 424). When a bank is presented with such a relationship, it should recognize the risk of undue influence (assuming that the transaction is on its face detrimental to the party offering security). But by the same logic, a relationship that is more distant will raise less suspicion of undue influence, even if the transaction is apparently unfavourable to the guarantor. Consequently, less may be required to satisfy an honest and reasonable person that the surety or guarantor

pose qu’il y a eu abus d’influence de la part du débiteur principal. Le type de lien qui donne le plus clairement naissance à cette présomption est celui qui existe entre époux. Le juge Iacobucci cite l’arrêt *Barclays Bank plc c. O’Brien*, [1993] 4 All E.R. 417, dans lequel la Chambre des lords a étendu l’application de cette présomption aux personnes qui cohabitent. Dans cet arrêt, lord Browne-Wilkinson a conclu que le créancier auquel s’adressent des personnes qui cohabitent, l’une étant le débiteur principal et l’autre la caution, a l’obligation de se renseigner lorsque l’opération projetée est manifestement désavantageuse pour la caution. Le créancier peut s’acquitter de cette obligation en expliquant à la caution, lors d’une rencontre à laquelle n’assiste pas le débiteur principal, le montant dont elle peut être responsable et les risques qu’elle court, et en lui conseillant d’obtenir un avis indépendant: *Barclays*, précité, aux pp. 431 et 432.

Dans un passage de ses motifs, lord Browne-Wilkinson paraît étendre cette obligation au-delà des couples qui cohabitent lorsqu’il qualifie ainsi, à la p. 431, les types de liens qui engendrent l’obligation de se renseigner:

[TRADUCTION] [D]ans une affaire où le créancier sait que la caution s’en remet en toute confiance au débiteur principal quant à ses affaires financières, le créancier est dans une situation où il doit se renseigner, exactement de la même manière que dans le cas d’un mari et de sa femme.

En établissant l’exigence stricte d’une rencontre séparée avec la caution, lord Browne-Wilkinson a, cependant, parlé de [TRADUCTION] «la pression émotive résultant de la cohabitation» (p. 431). Ailleurs, il a mentionné comment [TRADUCTION] «les liens sexuels et affectifs qui existent entre des parties [mariées] peuvent facilement donner lieu à un abus d’influence» (p. 424). Lorsqu’elle constate l’existence d’un tel lien entre les parties, la banque devrait reconnaître le risque d’abus d’influence (en supposant que l’opération est, à première vue, préjudiciable à la partie qui offre le cautionnement). Cependant, suivant la même logique, un lien plus éloigné éveillera moins de soupçons d’abus d’influence, même si l’opération est apparemment préjudiciable à la caution. En conséquence, il se peut

is aware of the legal implications of the proposed transaction.

At the time that Gold signed the resolution he had three years of university education in which he had taken courses in business, economics and accounting. He was employed by the University of Western Ontario Student Council full-time as Manager of Entertainment and Productions. The purpose of the guarantee was explained to him by Rosenberg. The following sworn statement by Rosenberg was read in as part of Gold's case:

In July of 1989 I advised Jeffrey that I was required by the Toronto-Dominion Bank to provide further security for the indebtedness of Trojan and that as I was unable to, quote, access, end of quote, my half interest in the estate at that time I requested that Primary guarantee Trojan's indebtedness in the amount of \$1,200,000 which was to be secured by a collateral mortgage on 186 Columbia Street, a property owned by Primary. The reasons for the guarantee were fully disclosed to Jeffrey before he signed a resolution as director of Primary authorizing same.

Since my fifty percent share of the estate was worth far in excess of \$1,200,000, there was virtually no chance that the guarantee could possibly put Jeffrey's half interest in the estate at risk.

The statement that Rosenberg's share in the estate was worth far more than the guarantee was accurate at the time.

The guarantor, it must be remembered, was not Gold but Primary, a corporation whose shares formed part of the estate.

In these circumstances, I cannot accept that further explanation or legal advice was required and if it had been offered it would not have made any difference. I am confident that Gold would have found a "chat" with Mr. Slack quite superfluous. As for more legal advice, I am sure that if Gold thought independent legal advice was needed, he would have obtained it. He was aware that the solicitors for the estate also acted for his uncle and it was scarcely necessary for the bank to advise

qu'il soit plus facile de convaincre la personne honnête et raisonnable que la caution ou le garant connaît les conséquences juridiques de l'opération projetée.

À l'époque où il a signé la résolution, Gold avait déjà passé trois années à l'université, pendant lesquelles il avait suivi des cours en affaires, en économie et en comptabilité. Il travaillait à temps plein pour le University of Western Ontario Student Council, à titre de directeur des loisirs et de la production. L'objet de la garantie lui a été expliqué par Rosenberg. La déclaration sous serment suivante de Rosenberg a été considérée comme faisant partie de la preuve de Gold:

[TRADUCTION] En juillet 1989, j'ai avisé Jeffrey que la Banque Toronto-Dominion m'avait demandé de fournir un autre cautionnement des dettes de Trojan et que, vu que je ne pouvais pas — et je cite — «toucher» — fin de la citation — ma moitié de la succession à l'époque, j'ai demandé que Primary garantisse la dette de 1 200 000 \$ de Trojan, en grevant d'une hypothèque subsidiaire sa propriété sise au 186, rue Columbia. Les motifs de la garantie ont été entièrement communiqués à Jeffrey avant qu'il ne signe, en tant qu'administrateur de Primary, une résolution autorisant cette garantie.

Étant donné que la valeur de ma moitié de la succession était de loin supérieure à 1 200 000 \$, il n'y avait pratiquement aucun risque que la garantie mette en péril la moitié de la succession revenant à Jeffrey.

La déclaration que la valeur de la part de la succession de Rosenberg dépassait de loin le montant de la garantie était exacte à l'époque.

Il ne faut pas oublier que la caution était non pas Gold mais Primary, une compagnie dont les actions faisaient partie de la succession.

Dans ces circonstances, je ne puis accepter que des explications ou un avis juridique supplémentaires étaient nécessaires, et que s'ils avaient été fournis, cela aurait changé quoi que ce soit. Je suis sûr que Gold aurait jugé tout à fait inutile un «entretien» avec M. Slack. En ce qui concerne l'avis juridique supplémentaire, je suis certain que si Gold avait cru nécessaire d'obtenir un avis juridique indépendant, il l'aurait obtenu. Il savait que les procureurs de la succession représentaient éga-

80

81

82

him that he could consult another lawyer if he wished.

lement son oncle et il n'était guère nécessaire que la banque l'avise qu'il pouvait consulter un autre avocat, s'il le souhaitait.

83 A bank is only required to act reasonably in the circumstances. Corporate guarantees in situations in which the director of the corporation may be a beneficiary of a trust in relation to the shares of the corporation are common transactions. Is the bank obligated to advise each director, whose consent was necessary to obtain the guarantee, to obtain independent legal advice? I am of the opinion that, in the circumstances, advising Gold to obtain independent legal advice may be a counsel of perfection but goes beyond what is expected of an honest and reasonable banker. To quote Gibson J. in *Baden, supra*, at p. 268, this would impose "an impractically extensive duty of inquiry" on a bank which is otherwise acting reasonably.

La banque n'est tenue que d'agir raisonnablement dans les circonstances. Les garanties offertes par une compagnie lorsque son administrateur peut être bénéficiaire d'une fiducie à l'égard des actions de la compagnie sont monnaie courante. La banque a-t-elle l'obligation de conseiller à chaque administrateur, dont le consentement est nécessaire pour obtenir la garantie, de demander un avis juridique indépendant? Je suis d'avis que, dans les circonstances, recommander à Gold d'obtenir un avis juridique indépendant peut représenter le conseil idéal, mais que cela dépasse ce à quoi l'on s'attend d'un banquier honnête et raisonnable. Pour citer le juge Gibson dans l'arrêt *Baden*, précité, à la p. 268, cela imposerait [TRADUCTION] «une obligation irréaliste de se renseigner» à une banque qui, par ailleurs, agit raisonnablement.

84 My colleague refers to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577. In that case, Mrs. Bertolo provided the bank with a promissory note and a mortgage on her house to secure a loan taken out by her son. The bank's policy required that she receive independent legal advice, but this, for various reasons, did not occur. When the son's business failed, the bank sought to enforce the guarantee. At trial and on appeal, Mrs. Bertolo succeeded in having the promissory note and mortgage declared void because she did not fully understand the consequences of her actions. The bank could not enforce the guarantee because it had failed to ensure that she received independent legal advice.

Mon collègue renvoie à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Bertolo c. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577. Dans cette affaire, M^{me} Bertolo avait offert à la banque un billet à ordre et une hypothèque sur sa maison pour garantir un prêt consenti à son fils. Selon la politique de la banque, elle devait obtenir un avis juridique indépendant que, pour diverses raisons, elle n'a pas obtenu. Quand l'entreprise du fils a fait faillite, la banque a voulu exécuter la garantie. En première instance et en appel, M^{me} Bertolo a réussi à faire annuler le billet à ordre et l'hypothèque pour le motif qu'elle n'avait pas pleinement saisi les conséquences de ses actions. La banque ne pouvait exécuter la garantie parce qu'elle avait omis de s'assurer que M^{me} Bertolo avait reçu un avis juridique indépendant.

85 In my opinion, *Bertolo* is of little assistance. One can explain the necessity for independent legal advice in that case by noting that Mrs. Bertolo was incapable without such advice of understanding any aspect of the transaction. I need only quote from the Court of Appeal's description of her (at p. 579):

À mon avis, l'arrêt *Bertolo* n'est guère utile. La nécessité d'obtenir un avis juridique indépendant dans cette affaire peut s'expliquer par le fait que M^{me} Bertolo était incapable, sans un tel avis, de comprendre le moindre aspect de l'opération. Il me suffit de citer un extrait de la description qu'en a donnée la Cour d'appel (à la p. 579):

She has no business experience and little formal education. She is not fluent in English and . . . is unable to read and discern such documents as promissory notes, collateral mortgages and financial statements.

Whether or not someone requires independent legal advice will depend on two principal concerns: whether they understand what is proposed to them and whether they are free to decide according to their own will. The first is a function of information and intellect, while the second will depend, among other things, on whether there is undue influence. Leaving aside entirely the possibility of undue influence by her son, something which was never alleged, it is clear that, without independent legal advice, Mrs. Bertolo could not possibly have understood what she was agreeing to. The Ontario Court of Appeal held that Mrs. Bertolo ought to have had independent legal advice and that she did not get it, first, because the lawyer she met worked for the same firm that represented her son and the bank, and, second, because the nature and consequences of the transaction were not explained to her.

There is no comparison between Gold and Mrs. Bertolo and the circumstances of the two cases. Indeed, the contrast serves to illustrate the type of case in which independent legal advice is not a prerequisite.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — While I agree with Iacobucci J. that this case is one of knowing receipt of trust property, I share the view of Sopinka J. that the Bank, knowing what it knew, acted reasonably in the circumstances. I concur with his reasons in this respect and his disposition of the appeal.

Appeal dismissed, LA FOREST, CORY and IACOBUCCI JJ. dissenting.

[TRANSLATION] Elle n'a aucune expérience en affaires et elle est peu instruite. Elle ne connaît pas bien l'anglais et [. . .] est incapable d'interpréter et de comprendre des documents comme des billets à ordre, des hypothèques subsidiaires et des états financiers.

Pour déterminer si quelqu'un a besoin d'un avis juridique indépendant, il faut se poser les deux questions principales suivantes: la personne comprend-elle ce qu'on lui propose et est-elle libre de prendre une décision de son propre gré? La première question a trait à l'information et à l'intelligence, alors que la deuxième dépend, notamment, de la question de savoir s'il y a abus d'influence. Si on écarte complètement la possibilité qu'il y ait abus d'influence de la part de son fils, ce qui n'a jamais été allégué, il est évident que, sans avis juridique indépendant, M^{me} Bertolo ne pouvait pas avoir compris ce à quoi elle consentait. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que M^{me} Bertolo aurait dû obtenir un avis juridique indépendant et qu'elle ne l'a pas fait, premièrement, parce que l'avocat qu'elle a rencontré faisait partie du cabinet qui représentait son fils et la banque et, deuxièmement, parce que la nature et les conséquences de l'opération ne lui ont pas été expliquées.

Il n'y a pas de comparaison possible entre Gold et M^{me} Bertolo ni entre les circonstances des deux affaires. En fait, le contraste sert à illustrer le type de cas dans lequel un avis juridique indépendant n'est pas une condition préalable.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Bien que je sois d'accord avec le juge Iacobucci pour dire qu'il s'agit, en l'espèce, d'un cas de réception en connaissance de cause de biens en fiducie, je partage l'avis du juge Sopinka que, compte tenu de ce qu'elle savait, la banque a agi raisonnablement dans les circonstances. Je souscris à ses motifs sur ce point et à sa façon de trancher le pourvoi.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, CORY et IACOBUCCI sont dissidents.

86

87

88

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the respondent The Toronto-Dominion Bank: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener, Ont.

Procureurs de l'appelant: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intimée la Banque Toronto-Dominion: Gowling, Strathy & Henderson, Kitchener (Ont.).

**The Citadel General Assurance Company
and the Citadel Life Assurance
Company** *Appellants*

v.

**Lloyds Bank Canada and Hongkong Bank
of Canada** *Respondents*

INDEXED AS: CITADEL GENERAL ASSURANCE CO. v.
LLOYDS BANK CANADA

File No.: 25189.

1997: May 20; 1997: October 30.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Trusts and trustees — Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Insurance agent depositing premiums collected on insurer's behalf into bank account — Bank transferring funds to account of insurance agent's parent company to reduce overdraft — Whether bank liable for breach of trust on basis of knowing assistance or knowing receipt.

D sold insurance to auto dealers. After collecting the premiums, D paid commissions and settled any current claims under the policies. The balance of the premiums was remitted on a monthly basis to the appellant insurance companies, the underwriters of the policies. In December 1986, D and its parent company started banking with the respondents (the "bank"). D used one bank account for all its transactions. Through its senior officers, the bank was aware that insurance premiums were being deposited into that account. In May 1987, a "trip report" by one of the appellants' employees indicated that D was reluctant to establish a trust account for the premiums but would do so if necessary. From June 1, D no longer settled claims under the insurance policies, with the result that the monthly premiums payable to the appellants increased significantly. In June the bank received instructions from the parent company's signing officers, who were identical to D's signing officers, to transfer all funds in D's account to the parent

**La Citadelle, Compagnie d'assurances
générales et La Citadelle, Compagnie
d'assurance-vie** *Appelantes*

c.

**Banque Lloyds du Canada et Banque
Hongkong du Canada** *Intimées*

RÉPERTORIÉ: CITADELLE (LA), CIE D'ASSURANCES
GÉNÉRALES c. BANQUE LLOYDS DU CANADA

N° du greffe: 25189.

1997: 20 mai; 1997: 30 octobre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Fiducies et fiduciaires — Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Agent d'assurances déposant dans un compte bancaire les primes perçues au nom de l'assureur — Banque transférant des fonds au compte de la compagnie mère de l'agent d'assurances pour réduire un découvert — La banque est-elle responsable du manquement à une obligation fiduciaire pour l'aide apportée en connaissance de cause ou pour la réception en connaissance de cause?

D vendait de l'assurance à des marchands d'automobiles. Après avoir perçu les primes, D versait des commissions et réglait les demandes d'indemnité fondées sur les polices. Le reste des primes était remis mensuellement aux compagnies d'assurances appelantes, les assureurs aux termes des polices d'assurance. En décembre 1986, D et sa compagnie mère ont commencé à traiter avec les intimées (la «banque»). D n'utilisait qu'un seul compte bancaire pour effectuer toutes ses opérations. Grâce à ses dirigeants principaux, la banque savait que des primes d'assurance étaient déposées dans ce compte. En mai 1987, un rapport de vérification sur place, présenté par un employé des appelantes, indiquait que D était peu disposée à ouvrir un compte en fiducie pour les primes, mais qu'elle le ferait si cela était nécessaire. À compter du 1^{er} juin de la même année, D a cessé de régler les demandes d'indemnité fondées sur les polices d'assurance, de sorte que les primes mensuelles à verser aux appelantes se sont trouvées considé-

company's account at the end of each business day. In July and August, the transfer of funds between the accounts resulted in an overall reduction in the parent company's overdraft. In late August D advised the appellants that the July and August premiums could not be remitted. It agreed to pay these outstanding receipts by way of promissory note. After D and its parent company ceased carrying on business, the appellants brought an action against the bank for the outstanding insurance premiums. They were successful at trial and judgment was entered against the bank. The Court of Appeal allowed the bank's appeal and dismissed the appellants' claim.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The relationship between the appellant insurers and D was clearly one of trust. Under s. 124(1) of the Alberta *Insurance Act*, an agent who receives any money as a premium for an insurance contract from the insured is deemed to hold the premium in trust for the insurer. The promissory note was merely confirmation of the amount owed by D to the appellants and did not amount to a revocation of the trust. As well, the arrangement between them meets the three characteristics of a trust, namely certainty of intent, certainty of subject-matter, and certainty of object. The fact that the trust funds in D's account were commingled with other funds does not undermine the relationship of trust between the parties. Also, D's actions in failing to remit to the appellants the insurance premiums collected on their behalf in July and August 1987 were clearly in breach of trust. Moreover, the appellants did not acquiesce in the breach of trust by asking for and receiving the promissory note from D.

There are three ways in which a stranger to a trust can be held liable as a constructive trustee for breach of trust: as a trustee *de son tort*; for "knowing assistance"; and for "knowing receipt". The first type of liability is inapplicable to the present case since the bank never assumed the office or function of trustee. A stranger to a trust can be liable for breach of trust by knowingly assisting in a fraudulent and dishonest design on the part of the trustees. Assuming the present case falls under this "knowing assistance" category, it is clear that only

rablement augmentées. En juin, la banque a reçu des signataires autorisés de la compagnie mère, qui étaient également signataires autorisés de D, des directives lui enjoignant de transférer tous les fonds du compte de D à celui de la compagnie mère à la fin de chaque jour ouvrable. En juillet et en août, les virements de fonds entre les comptes ont entraîné une réduction globale du découvert de la compagnie mère. À la fin d'août, D a informé les appelantes que les primes de juillet et d'août ne pourraient pas être remises. Elle s'est engagée à payer ces primes dues au moyen d'un billet à ordre. Après que D et sa compagnie mère eurent cessé leurs activités, les appelantes ont intenté une action contre la banque à l'égard des primes d'assurance impayées. Elles ont eu gain de cause en première instance et jugement a été rendu contre la banque. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la banque et rejeté l'action des appelantes.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: La relation qui existait entre les assureurs appelants et D était clairement une relation fiduciaire. Aux termes du par. 124(1) de l'*Insurance Act* de l'Alberta, l'agent qui reçoit de l'assuré une somme comme prime à l'égard d'un contrat d'assurance est réputé détenir cette prime en fiducie pour l'assureur. Le billet à ordre n'était qu'une confirmation du montant dû par D aux appelantes et n'équivalait pas à une révocation de la fiducie. De même, l'accord intervenu entre elles comporte les trois caractéristiques de la fiducie, à savoir la certitude quant à l'intention, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant aux bénéficiaires. Le fait que les fonds en fiducie contenus dans le compte de D et d'autres fonds aient été regroupés ne mine pas la relation fiduciaire entre les parties. Également l'omission de D de remettre aux appelantes les primes d'assurance perçues au nom de celles-ci en juillet et en août 1987 constituait clairement un manquement à une obligation fiduciaire. De plus, les appelantes n'ont pas consenti au manquement à l'obligation fiduciaire en demandant et en obtenant un billet à ordre de D.

Il y a trois manières de tenir un tiers à une fiducie responsable du manquement à une obligation fiduciaire, à titre de fiduciaire par interprétation: il peut l'être à titre de fiduciaire «de son tort», pour l'«aide apportée en connaissance de cause» et pour la «réception en connaissance de cause». Le premier type de responsabilité est inapplicable en l'espèce, car la banque ne s'est jamais attribué la charge ou la fonction de fiduciaire. Un tiers à une fiducie peut être responsable du manquement à une obligation fiduciaire s'il aide sciemment les fidu-

actual knowledge, recklessness, or wilful blindness will render the bank liable for participating in the breach of trust. Since the bank had only constructive knowledge, it cannot be liable under the "knowing assistance" category of constructive trusteeship.

Liability on the basis of "knowing receipt" requires that strangers to the trust receive or apply trust property for their own use and benefit. By applying the deposit of insurance premiums as a set-off against the parent company's overdraft, the bank received a benefit and thus received the trust funds for its own use and benefit. The bank cannot avoid the "property" issue by characterizing the deposit of trust monies in D's account as a debt obligation. A debt obligation is a chose in action and, therefore, property over which one can impose a trust. The receipt requirement in "knowing receipt" cases is best characterized in restitutionary terms. In this case the bank has been enriched at the appellants' expense and thus, in restitutionary terms, there can be no doubt that the bank received trust property for its own use and benefit.

The second requirement for establishing liability on the basis of "knowing receipt" relates to the degree of knowledge required of the bank in relation to the breach of trust. While constructive knowledge is excluded as the basis for liability in "knowing assistance" cases, in "knowing receipt" cases, which are concerned with the receipt of trust property for one's own benefit, there should be a lower threshold of knowledge required of the stranger to the trust. More is expected of the recipient, who, unlike the accessory, is necessarily enriched at the plaintiff's expense. Because the recipient is held to this higher standard, constructive knowledge (that is, knowledge of facts sufficient to put a reasonable person on notice or inquiry) will suffice as the basis for restitutionary liability. This lower threshold of knowledge is sufficient to establish the "unjust" or "unjustified" nature of the recipient's enrichment, thereby entitling the plaintiff to a restitutionary remedy. More specifically, relief will be granted where a stranger to the trust, having received trust property for his or her own benefit and having knowledge of facts which would put a rea-

cières à réaliser un dessein frauduleux et malhonnête. À supposer que la présente affaire tombe dans la catégorie de l'«aide apportée en connaissance de cause», il est clair que seules la connaissance de fait, l'insouciance ou l'ignorance volontaire rendront la banque responsable d'avoir participé au manquement à une obligation fiduciaire. Comme la banque n'avait que la connaissance présumée, elle ne peut être responsable suivant la catégorie de fiducie par interprétation appelée «aide apportée en connaissance de cause».

Pour qu'il y ait responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause», il faut que le tiers à la fiducie ait reçu les biens en fiducie ou qu'il les ait affectés à ses propres usage et profit. En employant les primes d'assurance déposées pour compenser le découvert de la compagnie mère, la banque a tiré un profit et a ainsi reçu les fonds en fiducie pour ses propres usage et profit. La banque ne peut pas éviter la question des «biens» en qualifiant de créance le dépôt des sommes en fiducie dans le compte de D. Une créance est un droit incorporel et, par conséquent, un bien pouvant être assujéti à une fiducie. Il vaut mieux qualifier sous l'angle du droit en matière de restitution la réception exigée dans les cas de «réception en connaissance de cause». En l'espèce, la banque s'est enrichie aux dépens des appelantes et, en conséquence, selon le droit en matière de restitution, il n'y a aucun doute que la banque a reçu les biens en fiducie pour ses propres usage et profit.

La seconde condition pour imposer la responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause» a trait au degré de connaissance requis chez la banque à l'égard du manquement à une obligation fiduciaire. Alors que la connaissance présumée est écartée comme motif de responsabilité dans les cas d'«aide apportée en connaissance de cause», dans les cas de «réception en connaissance de cause», qui portent sur les biens en fiducie qu'une partie reçoit pour son propre profit, le seuil de connaissance requis chez le tiers à la fiducie devrait être moins élevé. Les attentes sont plus élevées en ce qui concerne la partie qui reçoit qui, contrairement au complice, s'enrichit nécessairement aux dépens du demandeur. Parce que la partie qui reçoit doit satisfaire à cette norme plus exigeante, la connaissance présumée (c'est-à-dire la connaissance de faits suffisante pour éveiller la méfiance d'une personne raisonnable, ou pour l'inciter à demander des renseignements) sera suffisante pour imposer la responsabilité en matière de restitution. Ce seuil moins élevé de connaissance est suffisant pour établir que l'enrichissement de la partie qui reçoit est «sans cause» ou «injustifié», d'où le droit du demandeur à une réparation fondée sur la restitution. Plus précisément, la réparation sera accordée si le tiers à la fiducie,

sonable person on inquiry, actually fails to inquire as to the possible misapplication of trust property.

On the issue of knowledge, it is clear from the trial judge's findings that the bank was aware of the nature of the funds being deposited into, and transferred out of, D's account. The bank knew that D's sole source of revenue was the sale of insurance policies and that premiums collected by D were payable to the appellants. In light of the bank's knowledge of the nature of the funds, the daily emptying of D's account was in the trial judge's view "very suspicious". In these circumstances, a reasonable person would have been put on inquiry as to the possible misapplication of the trust funds. The bank should have inquired whether the use of the premiums to reduce the account overdrafts constituted a breach of trust. By failing to make the appropriate inquiries, the bank had constructive knowledge of D's breach of trust. The bank's enrichment was thus clearly unjust, rendering it liable to the appellants as a constructive trustee.

Per Sopinka J.: Subject to what was said in *Gold*, issued concurrently, La Forest J.'s reasons were agreed with.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787; *Gold v. Rosenberg*, [1997] 3 S.C.R. 767; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233; *R. v. Lowden* (1981), 27 A.R. 91; *Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)*, [1988] 4 W.W.R. 232; *Fletcher v. Collis*, [1905] 2 Ch. 24; *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073; *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, aff'd [1992] 4 All E.R. 451; *Foley v. Hill* (1848), [1843-60] All E.R. Rep. 16; *Fonthill Lumber Ltd. v. Bank of Montreal* (1959), 19 D.L.R. (2d) 618; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 3 W.L.R. 10; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264; *Polly Peck International plc v. Nadir (No. 2)*, [1992] 4 All E.R. 769; *C.I.B.C. v. Valley Credit Union*

qui a reçu des biens en fiducie pour son propre profit et en connaissance de faits qui auraient incité une personne raisonnable à demander des renseignements, ne s'informe pas de la possibilité qu'il y ait détournement de biens en fiducie.

Au sujet de la connaissance, il ressort clairement des conclusions du juge de première instance que la banque connaissait la nature des fonds qui ont été déposés dans le compte de D, puis transférés ailleurs. La banque savait que la seule source de revenu de D était la vente de polices d'assurance et que les primes perçues par D devaient être remises aux appelantes. Vu que la banque connaissait la nature des fonds, le fait de vider quotidiennement le compte de D a été jugé «très suspect» par le juge de première instance. Ces circonstances auraient incité une personne raisonnable à s'informer de la possibilité que des fonds soient détournés. La banque aurait dû s'informer si l'utilisation des primes pour réduire les découverts bancaires constituait un manquement à une obligation fiduciaire. En raison de son omission de faire les demandes de renseignements appropriées, la banque avait une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire commis par D. Ainsi, il est évident qu'il y a eu enrichissement sans cause de la banque, ce qui la rend responsable envers les appelantes à titre de fiduciaire par interprétation.

Le juge Sopinka: Sous réserve de ce qui a été dit dans l'arrêt *Gold*, rendu simultanément, il y a accord avec les motifs du juge La Forest.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787; *Gold c. Rosenberg*, [1997] 3 R.C.S. 767; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233; *R. c. Lowden* (1981), 27 A.R. 91; *Bank of N.S. c. Soc. Gen. (Can.)*, [1988] 4 W.W.R. 232; *Fletcher c. Collis*, [1905] 2 Ch. 24; *Selangor United Rubber Estates, Ltd. c. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073; *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, conf. par [1992] 4 All E.R. 451; *Foley c. Hill* (1848), [1843-60] All E.R. Rep. 16; *Fonthill Lumber Ltd. c. Bank of Montreal* (1959), 19 D.L.R. (2d) 618; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1991] 3 W.L.R. 10; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264; *Polly Peck International plc c. Nadir (No. 2)*, [1992] 4 All E.R. 769; *C.I.B.C. c. Valley Credit Union*

Ltd., [1990] 1 W.W.R. 736; *Bullock v. Key Property Management Inc.* (1997), 33 O.R. (3d) 1; *Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78; *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343; *Arthur Andersen Inc. v. Toronto-Dominion Bank* (1994), 17 O.R. (3d) 363, leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. v; *Glenko Enterprises Ltd. v. Ernie Keller Contractors Ltd.* (1996), 134 D.L.R. (4th) 161; *Cowan de Groot Properties Ltd. v. Eagle Trust plc*, [1992] 4 All E.R. 700; *El Ajou v. Dollar Land Holdings plc*, [1993] 3 All E.R. 717; *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64.

By Sopinka J.

Referred to: *Gold v. Rosenberg*, [1997] 3 S.C.R. 767.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, R.S.C., 1985, c. B-1 [now repealed], s. 206(1).
Insurance Act, R.S.A. 1980, c. I-5, s. 124(1).

Authors Cited

Birks, Peter. "Misdirected Funds: Restitution from the Recipient", [1989] *L.M.C.L.Q.* 296.
Birks, Peter. "Overview: Tracing, Claiming and Defences". In Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1995, 289.
Gardner, Simon. "Knowing Assistance and Knowing Receipt: Taking Stock" (1996), 112 *L.Q.R.* 56.
Halsbury's Laws of England, vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue).
Harpum, Charles. "The Stranger as Constructive Trustee" (1986), 102 *L.Q.R.* 114.
Millett, Sir Peter. "Tracing the Proceeds of Fraud" (1991), 107 *L.Q.R.* 71.
Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 7th ed. London: Butterworths, 1993.
Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees, 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 76, 116 W.A.C. 76, 37 Alta. L.R. (3d) 293, [1996] 5 W.W.R. 9, 33 C.C.L.I. (2d) 241, [1996] A.J. No. 59 (QL), reversing a judgment of the Court of Queen's Bench,

Ltd., [1990] 1 W.W.R. 736; *Bullock c. Key Property Management Inc.* (1997), 33 O.R. (3d) 1; *Groves-Raffin Construction Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78; *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343; *Arthur Andersen Inc. c. Toronto-Dominion Bank* (1994), 17 O.R. (3d) 363, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. v; *Glenko Enterprises Ltd. c. Ernie Keller Contractors Ltd.* (1996), 134 D.L.R. (4th) 161; *Cowan de Groot Properties Ltd. c. Eagle Trust plc*, [1992] 4 All E.R. 700; *El Ajou c. Dollar Land Holdings plc*, [1993] 3 All E.R. 717; *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. c. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Gold c. Rosenberg*, [1997] 3 R.C.S. 767.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.A. 1980, ch. I-5, art. 124(1).
Loi sur les banques, L.R.C. (1985), ch. B-1 [maintenant abrogée], art. 206(1).

Doctrine citée

Birks, Peter. «Misdirected Funds: Restitution from the Recipient», [1989] *L.M.C.L.Q.* 296.
Birks, Peter. «Overview: Tracing, Claiming and Defences». In Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1995, 289.
Gardner, Simon. «Knowing Assistance and Knowing Receipt: Taking Stock» (1996), 112 *L.Q.R.* 56.
Halsbury's Laws of England, vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue).
Harpum, Charles. «The Stranger as Constructive Trustee» (1986), 102 *L.Q.R.* 114.
Millett, Sir Peter. «Tracing the Proceeds of Fraud» (1991), 107 *L.Q.R.* 71.
Pettit, Philip H. *Equity and the Law of Trusts*, 7th ed. London: Butterworths, 1993.
Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees, 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 76, 116 W.A.C. 76, 37 Alta. L.R. (3d) 293, [1996] 5 W.W.R. 9, 33 C.C.L.I. (2d) 241, [1996] A.J. No. 59 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la

[1993] A.J. No. 680 (QL), imposing a constructive trust on the defendant banks. Appeal allowed.

Eric F. Macklin, Q.C., and W. Scott Schlosser, for the appellants.

Donald R. Cranston and Stacy M. Neufeld, for the respondents.

The judgment of La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

¹ LA FOREST J. — This appeal concerns the liability of a bank for its customer's breach of trust. The appellants, as beneficiaries of the trust, seek recovery for unpaid insurance premiums collected by the trustee and deposited with the respondent banks. The principal question in this appeal is this: Are the respondent banks liable as constructive trustees for the breach of trust committed by one of their clients? This question deals with the liability of strangers who participate in a breach of trust and, in particular, the degree of knowledge required for the imposition of liability as a constructive trustee.

I. Factual Background

² The Citadel General Assurance Company and the Citadel Life Assurance Company ("Citadel") are insurance companies which carried on business in Alberta. Beginning in 1979, Citadel's business operations involved another Alberta corporation, Drive On Guaranteed Vehicle Payment Plan (1982) Limited ("Drive On"). As a wholly owned subsidiary of International Warranty Company Limited ("International Warranty"), Drive On sold consumer life, casualty, and unemployment insurance to auto dealers. The insurance premiums were collected by auto dealers at the time vehicles were sold and then remitted to Drive On. After collecting the premiums, Drive On paid commissions and settled any current claims under the policies. The balance of the premiums was remitted on a

Reine, [1993] A.J. No. 680 (QL), qui avait imposé aux banques défenderesses une fiducie par interprétation. Pourvoi accueilli.

Eric F. Macklin, c.r., et W. Scott Schlosser, pour les appelantes.

Donald R. Cranston et Stacy M. Neufeld, pour les intimées.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi concerne la responsabilité d'une banque pour le manquement à une obligation fiduciaire commis par son client. Les appelantes, en qualité de bénéficiaires de la fiducie, demandent le remboursement de primes d'assurance impayées que le fiduciaire a perçues et déposées aux banques intimées. La principale question qui se pose est la suivante: les banques intimées sont-elles responsables, en tant que fiduciaires par interprétation, du manquement à une obligation fiduciaire commis par un de leurs clients? Cette question a trait à la responsabilité des tiers qui participent au manquement à une obligation fiduciaire et, en particulier, au degré de connaissance requis pour que la responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation soit imposée.

I. Contexte factuel

La Citadelle, Compagnie d'assurances générales, et La Citadelle, Compagnie d'assurance-vie («La Citadelle») sont des compagnies d'assurances qui exercent leurs activités en Alberta. À partir de 1979, La Citadelle a fait affaire avec une autre société albertaine, Drive On Guaranteed Vehicle Payment Plan (1982) Limited («Drive On»). À titre de filiale en propriété exclusive d'International Warranty Company Limited («International Warranty»), Drive On vendait à des marchands d'automobiles des assurances sur la vie, des assurances contre les accidents et des assurances contre le chômage. Les primes d'assurance étaient perçues par les marchands au moment de la vente de véhicules, puis remises à Drive On. Après avoir perçu les primes, Drive On versait des commis-

monthly basis to Citadel, the underwriter of the insurance policies. In early 1987, the premiums received during a calendar month were normally forwarded to Citadel at the end of the following month. This arrangement continued satisfactorily until August 1987 when Drive On defaulted on its payments to Citadel. As well, from 1979 until late August 1987, there was no written agreement between Citadel and Drive On.

In December 1986, the International Warranty Group of Companies, including Drive On and International Warranty, started banking with the now-amalgamated Lloyds Bank Canada and Hongkong Bank of Canada (hereinafter collectively called "the Bank"). During 1987, the only banker of Drive On was the Bank. Drive On used one bank account for all its transactions. The only deposits to that account were either insurance premiums collected from auto dealers or transfers of funds from International Warranty. Through its senior officers, the Bank was aware that insurance premiums were being deposited into Drive On's account. During the period after April 1, 1987, Drive On's account was usually in an overdraft position. On April 8, the Bank received instructions from International Warranty's signing officers (who were identical to Drive On's signing officers) to transfer funds between the International Warranty and Drive On accounts to cover overdrafts on either account.

Also in April 1987, the Presidents of Drive On and Citadel met to discuss their business relationship. As a result of the meeting, Citadel and Drive On agreed that a written agreement would be prepared to formalize their business relationship. It was also agreed that Drive On would no longer settle claims under the insurance policies. From June 1, 1987, Citadel assumed the adjudication and payment of all claims. As a result, the monthly premiums payable to Citadel were increased sig-

sions et réglait les demandes d'indemnité fondées sur les polices. Le reste des primes était remis mensuellement à La Citadelle, l'assureur aux termes des polices d'assurance. Au début de 1987, les primes reçues durant un mois civil étaient normalement envoyées à La Citadelle à la fin du mois suivant. Cette façon de procéder a été employée de manière satisfaisante jusqu'en août 1987, au moment où Drive On a manqué à son obligation de verser les sommes dues à La Citadelle. De même, de 1979 jusqu'à la fin d'août 1987, aucun accord écrit ne liait La Citadelle et Drive On.

En décembre 1986, l'International Warranty Group of Companies, dont Drive On et International Warranty étaient des composantes, a commencé à traiter avec la Banque Lloyds du Canada et la Banque Hongkong du Canada qui sont maintenant fusionnées (ci-après appelées collectivement la «banque»). En 1987, Drive On ne faisait affaire avec aucune autre banque et elle n'utilisait qu'un seul compte bancaire pour effectuer toutes ses opérations. Les seuls dépôts faits à ce compte étaient soit les primes d'assurance perçues auprès des marchands d'automobiles, soit les virements de fonds effectués par International Warranty. Grâce à ses dirigeants principaux, la banque savait que des primes d'assurance étaient déposées dans le compte de Drive On. Au cours de la période qui a suivi le 1^{er} avril 1987, le compte de Drive On était habituellement à découvert. Le 8 avril, la banque a reçu des signataires autorisés d'International Warranty (qui était également signataires autorisés de Drive On) des directives lui enjoignant de transférer des fonds des comptes d'International Warranty et de Drive On pour couvrir les découverts de l'un ou l'autre compte.

Également en avril 1987, les présidents de Drive On et de La Citadelle se sont rencontrés pour discuter de leurs relations d'affaires. À la suite de cette rencontre, La Citadelle et Drive On ont convenu de rédiger un accord destiné à officialiser leurs relations d'affaires. Il a aussi été entendu que Drive On ne réglerait plus les demandes d'indemnité fondées sur les polices d'assurance. À compter du 1^{er} juin 1987, La Citadelle s'est chargée d'examiner et d'acquitter toutes les demandes d'indem-

nificantly. Also as a result of the presidents' meeting, Citadel ordered a detailed examination of Drive On's current procedures. A "trip report" was delivered by one of Citadel's employees on May 14. The report found that Drive On was depositing insurance premiums in a general bank account which was not set up as a trust account. The report also indicated that Drive On was somewhat reluctant to establish a trust account but would do so if necessary.

⁵ On June 5, 1987, the Bank received instructions from International Warranty's signing officers to transfer all funds in the Drive On account to the International Warranty account at the end of each business day. In July and August, the transfer of funds between the International Warranty and Drive On accounts resulted in an overall reduction in International Warranty's overdraft.

⁶ On August 7, 1987, Drive On forwarded the June premiums to Citadel. In late August, Citadel first learned of Drive On's financial difficulties. The President of Drive On advised Citadel that the July and August premiums could not be remitted. A new arrangement, effective September 1, was set in place whereby all premium monies would be forwarded directly to Citadel. With regard to the outstanding July and August receipts, Drive On agreed to pay Citadel by way of promissory note dated September 21, 1987. The note provided for monthly payments of \$100,000. Drive On made a number of payments until it, and the other members of the International Warranty Group of Companies, ceased carrying on business in December. Citadel sued Drive On and the guarantor on the promissory note but has been unsuccessful in collecting anything. The parties agree that the outstanding amount payable to Citadel is \$633,622.84.

⁷ Citadel brought an action against the Bank for the outstanding insurance premiums. At trial, Citadel was successful and judgment was entered

nité. Les primes mensuelles à verser à La Citadelle se sont donc trouvées considérablement augmentées. Également à la suite de la rencontre des présidents, La Citadelle a ordonné l'examen détaillé des méthodes utilisées par Drive On. Le 14 mai, un employé de La Citadelle a présenté un rapport de vérification sur place. D'après ce rapport, Drive On déposait les primes d'assurance à un compte bancaire général qui n'était pas un compte en fiducie. Le rapport indiquait aussi que Drive On était peu disposée à ouvrir un compte en fiducie, mais qu'elle le ferait si cela était nécessaire.

Le 5 juin 1987, la banque a reçu des signataires autorisés d'International Warranty des directives lui enjoignant de transférer tous les fonds du compte de Drive On à celui d'International Warranty à la fin de chaque jour ouvrable. En juillet et en août, les virements de fonds entre les comptes d'International Warranty et de Drive On ont entraîné une réduction globale du découvert d'International Warranty.

Le 7 août 1987, Drive On a fait parvenir les primes de juin à La Citadelle. Vers la fin du mois d'août, La Citadelle a appris que Drive On éprouvait des difficultés financières. Le président de Drive On a informé La Citadelle que les primes de juillet et d'août ne pourraient pas être remises. Un nouvel accord devant entrer en vigueur le 1^{er} septembre a été conclu, aux termes duquel toutes les primes seraient envoyées directement à La Citadelle. Quant aux primes dues pour juillet et août, Drive On s'est engagée à payer La Citadelle au moyen d'un billet à ordre daté du 21 septembre 1987. Le billet prévoyait des mensualités de 100 000 \$. Drive On a effectué un certain nombre de versements jusqu'à ce qu'elle-même et les autres membres de l'International Warranty Group of Companies cessent leurs activités en décembre. La Citadelle a poursuivi Drive On et l'endosseur du billet à ordre, mais n'a pas réussi à recouvrer la moindre somme. Les parties s'entendent pour fixer à 633 622,84 \$ le montant de la créance de La Citadelle.

La Citadelle a intenté une action contre la banque à l'égard des primes d'assurance impayées. En première instance, elle a eu gain de cause et la

against the Bank for \$633,622.84: [1993] A.J. No. 680 (QL). The Court of Appeal allowed the Bank's appeal and dismissed Citadel's claim: (1996), 181 A.R. 76, 116 W.A.C. 76, 37 Alta. L.R. (3d) 293, [1996] 5 W.W.R. 9, 33 C.C.L.I. (2d) 241, [1996] A.J. No. 59 (QL).

II. Decisions Below

A. *Court of Queen's Bench of Alberta*

The trial judge, Marshall J., found that a relationship of trust existed between Citadel and Drive On. This finding was based in part on s. 124(1) of the *Insurance Act*, R.S.A. 1980, c. I-5, which provides that an agent or broker who negotiates a contract of insurance with an insurer and receives insurance premiums for that contract is deemed to hold the premiums in trust for the insurer. As well, the trial judge found that the arrangement between Citadel and Drive On had the three certainties of a trust, namely, certainty of subject-matter, certainty of intent, and certainty of object. Further, the trial judge held that a breach of trust occurred when Drive On failed to remit the insurance premiums collected on Citadel's behalf.

The trial judge stated that in order for the Bank to be liable as a stranger to the trust, the Bank must have had knowledge that the funds were trust monies or the circumstances must have required it to inquire before dealing with the money. In scrutinizing the evidence, the trial judge found that Drive On's instructions to empty its account daily were "very suspicious" (para. 26), given the Bank's knowledge that insurance premiums were being deposited in the account. As well, the trial judge concluded that the Bank, having received a benefit from Drive On's breach of trust, was under a greater duty to explain its actions. Liability was imposed on the following basis (at para. 33):

banque a été condamnée à verser la somme de 633 622,84 \$: [1993] A.J. No. 680 (QL). La Cour d'appel a accueilli l'appel de la banque et rejeté l'action de La Citadelle: (1996), 181 A.R. 76, 116 W.A.C. 76, 37 Alta. L.R. (3d) 293, [1996] 5 W.W.R. 9, 33 C.C.L.I. (2d) 241, [1996] A.J. No. 59 (QL).

II. Les juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

Le juge Marshall a conclu, en première instance, qu'il existait une relation fiduciaire entre La Citadelle et Drive On. Cette conclusion était fondée en partie sur le par. 124(1) de l'*Insurance Act*, R.S.A. 1980, ch. I-5, qui prévoit qu'un agent ou courtier, qui négocie un contrat d'assurance avec un assureur et reçoit des primes d'assurance à cet égard, est réputé détenir les primes en fiducie pour l'assureur. En outre, le juge de première instance a conclu que l'accord entre La Citadelle et Drive On comportait les trois certitudes d'une fiducie, à savoir la certitude quant aux biens sujets à la fiducie, la certitude quant à l'intention et la certitude quant aux bénéficiaires. De plus, le juge de première instance a statué qu'il y avait eu manquement à une obligation fiduciaire lorsque Drive On a omis de remettre les primes d'assurance perçues au nom de La Citadelle.

Le juge de première instance a affirmé que, pour être responsable à titre de tiers à la fiducie, la banque devait savoir que les fonds en cause étaient des fonds en fiducie ou encore elle devait être tenue, en raison des circonstances, de demander des renseignements avant de disposer de ces fonds. Après avoir examiné minutieusement la preuve, le juge de première instance a conclu que les directives de Drive On lui enjoignant de vider son compte chaque jour étaient [TRADUCTION] «très suspectes» (par. 26), étant donné que la banque savait que des primes d'assurance étaient déposées dans ce compte. Le juge de première instance a aussi conclu que, parce qu'elle avait profité du manquement à une obligation fiduciaire commis par Drive On, la banque était d'autant plus tenue d'expliquer ses actes. La responsabilité lui a été imposée pour le motif suivant (au par. 33):

8

9

The Bank had actual knowledge of the nature of the funds in the Drive On account and had an obligation to inquire about their position in the circumstances. The Bank shut its eyes in circumstances which should have caused it to inquire of its customer at least. It did not do so. The Bank had constructive knowledge and is a constructive trustee within the cases

The plaintiffs received judgment for \$633,622.84.

B. *Alberta Court of Appeal* (1996), 181 A.R. 76

¹⁰ On appeal to the Alberta Court of Appeal, Kerans J.A., speaking for the court, began by noting, at p. 77, that there was “no serious difficulty with the finding of creation of the trust made by the trial judge”. As such, Kerans J.A. was willing to assume that a trust existed between Citadel and Drive On and that a breach of trust occurred.

¹¹ In Kerans J.A.’s view, the real difficulty with the case was the imposition of liability on the Bank. More specifically, he disagreed with the trial judge’s conclusion that constructive knowledge was sufficient to render the Bank liable as a constructive trustee. Relying on this Court’s decision in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 787, Kerans J.A. concluded that only actual knowledge, recklessness, or wilful blindness could render the Bank liable for a breach of trust from which it received a benefit. This test was not met in the present case because, although the Bank had “shut its eyes” in the circumstances, the trial judge refused to find that the Bank was actually aware it was taking money in breach of trust. However, since *Air Canada v. M & L Travel Ltd.* was decided after the trial judge rendered judgment in the present case, the parties were invited to re-argue the facts before the Court of Appeal. None-

[TRADUCTION] La banque avait la connaissance de fait de la nature des fonds qui se trouvaient dans le compte de Drive On et avait, dans les circonstances, l’obligation de s’enquérir de leur situation. Elle a fermé les yeux au moment où les circonstances auraient dû l’amener à s’informer au moins auprès de son client. Elle ne l’a pas fait. Il y avait connaissance présumée chez la banque, qui est fiduciaire par interprétation au sens de la jurisprudence

Les demandresses se sont vu accorder par jugement la somme de 633 622,84 \$.

B. *Cour d’appel de l’Alberta* (1996), 181 A.R. 76

Lors d’un appel devant la Cour d’appel de l’Alberta, le juge Kerans a d’abord fait remarquer, au nom de la cour, à la p. 77, que [TRADUCTION] «la création de la fiducie constatée par le juge de première instance, ne [. . .] pos[ait] pas de grand problème». Le juge Kerans était donc disposé à présumer qu’une fiducie existait entre La Citadelle et Drive On et qu’un manquement à une obligation fiduciaire avait été commis.

Selon le juge Kerans, ce qui faisait vraiment problème c’était l’imposition d’une responsabilité à la banque. Plus précisément, il n’était pas d’accord avec le juge de première instance pour dire que la connaissance présumée suffisait pour rendre la banque responsable à titre de fiduciaire par interprétation. Invoquant l’arrêt de notre Cour *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 787, le juge Kerans a conclu que seules la connaissance de fait, l’insouciance ou l’ignorance volontaire pouvaient rendre la banque responsable du manquement à l’obligation fiduciaire dont elle a profité. Ce critère n’était pas respecté en l’espèce, parce que, bien que la banque ait [TRADUCTION] «fermé les yeux» dans les circonstances, le juge de première instance a refusé de conclure que la banque savait réellement qu’elle s’appropriait des fonds en violation d’une obligation fiduciaire. Toutefois, comme l’arrêt *Air Canada c. M & L Travel Ltd.* a été rendu après que le juge de première instance eut rendu jugement dans la présente affaire, les parties ont été invitées à présenter de nouvelles observations sur les faits devant la cour d’appel. Néanmoins, même après avoir réexaminé les faits,

theless, even after reconsidering the facts, Kerans J.A. concluded for the court at p. 78:

... we have come to the conclusion that we cannot say on the balance of probabilities that this bank, when it honoured the direction to pay, was aware that it was moving out money in breach of any trust between the defaulting company and the insurance company. We do not have any difficulty with the trial finding that the bank had some warning that this was the case. But that is not enough. Nor do we think this is an appropriate case in which to rely on wilful blindness.

The Court of Appeal accordingly allowed the Bank's appeal and dismissed the claim.

III. Issues

As mentioned, one main question is raised on this appeal: Under what circumstances can the respondent banks be held liable as constructive trustees for the breach of trust committed by one of their customers?

IV. Analysis

A. *The Nature of the Relationship between Citadel and Drive On*

Before beginning my analysis regarding the liability of the Bank as a constructive trustee, I note that I have read the reasons of Iacobucci J. in *Gold v. Rosenberg*, [1997] 3 S.C.R. 767, a case also dealing with the liability of a bank for a breach of trust committed by one of its customers. I generally agree with Iacobucci J.'s approach in *Gold* and, indeed, consider it similar to my own in the present appeal.

There can be no doubt that the relationship between Citadel and Drive On was one of trust. In this Court, the parties did not dispute the existence of a trust relationship. Relevant to the arrangement between Citadel and Drive On is s. 124(1) of the *Insurance Act*, which provides:

le juge Kerans a statué, au nom de la cour, à la p. 78:

[TRADUCTION] ... nous en sommes venus à la conclusion que nous ne pouvons pas affirmer, selon la prépondérance des probabilités, que la banque, quand elle a observé la directive lui enjoignant de payer, savait qu'elle retirait des fonds en violation d'une obligation fiduciaire liant la société en défaut et la compagnie d'assurance. Nous admettons volontiers que le juge de première instance a conclu que la banque avait été avertie de cet état de choses. Mais cela est insuffisant. Nous n'estimons pas non plus qu'il convient en l'espèce d'invoquer l'ignorance volontaire.

La Cour d'appel a donc accueilli l'appel de la banque et rejeté l'action.

III. Les questions en litige

Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi sou-
lève une question principale: dans quelles cir-
constances les banques intimées peuvent-elles être res-
ponsables à titre de fiduciaires par interprétation
du manquement à une obligation fiduciaire com-
mis par un de leurs clients?

IV. Analyse

A. *La nature de la relation entre La Citadelle et Drive On*

Avant de commencer l'analyse de la responsabi-
lité de la banque à titre de fiduciaire par interpréta-
tion, je souligne que j'ai pris connaissance des
motifs du juge Iacobucci dans l'arrêt *Gold c.*
Rosenberg, [1997] 3 R.C.S. 767, qui porte égale-
ment sur la responsabilité d'une banque pour le
manquement à une obligation fiduciaire commis
par l'un de ses clients. Je souscris généralement au
point de vue exprimé par le juge Iacobucci dans
Gold et, en fait, j'estime qu'il est semblable à celui
que j'adopte dans le présent pourvoi.

Il n'y a aucun doute qu'il existait une relation
fiduciaire entre La Citadelle et Drive On. Devant
notre Cour, les parties n'ont pas contesté l'exis-
tence d'une relation fiduciaire. Le paragraphe
124(1) de l'*Insurance Act*, pertinent quant à l'ac-
cord conclu entre La Citadelle et Drive On, est
ainsi conçu:

12

13

14

124(1) An agent or broker who acts in negotiating, renewing or continuing a contract of insurance with an insurer licensed under this Act, and who receives any money or substitute for money as a premium for such a contract from the insured, shall be deemed to hold the premium in trust for the insurer.

From 1979 to 1987, Drive On, the insurance agent, was in the business of selling insurance policies underwritten by Citadel, the insurer. In negotiating insurance policies on Citadel's behalf, Drive On collected insurance premiums from auto dealers, paid commissions, and settled current claims under the policies. However, on June 1, 1987, the arrangement was changed and the premiums collected by Drive On were to be forwarded without deductions for policy claims. However, even when Citadel assumed the adjudication of all claims, Drive On still acted as agent or trustee and Citadel remained the principal or beneficiary of the insurance premiums. Moreover, I agree with the trial judge that the repayment arrangements between Citadel and Drive On did not amount to a revocation of the trust. The promissory note dated September 21, 1987, was merely confirmation of the amount owed by Drive On to Citadel. By agreeing to have the promissory note prepared in its favour, Citadel did not revoke its beneficial interest in the insurance premiums.

[TRADUCTION] **124(1)** L'agent ou le courtier qui négocie, renouvelle ou proroge un contrat d'assurance avec un assureur autorisé en vertu de la présente loi, et qui reçoit de l'assuré une somme ou une chose équivalente comme prime à l'égard de ce contrat est réputé détenir la prime en fiducie pour l'assureur.

De 1979 à 1987, Drive On, l'agent d'assurances, a pratiqué la vente de polices d'assurance pour La Citadelle, l'assureur. En négociant les polices au nom de La Citadelle, Drive On percevait les primes des marchands d'automobiles, versait les commissions et réglait les demandes d'indemnité fondées sur les polices. Toutefois, le 1^{er} juin 1987, l'accord a été modifié et les primes perçues par Drive On devaient désormais être remises sans défalcation des indemnités. Cependant, même après que La Citadelle se fut chargée d'examiner toutes les demandes d'indemnité, Drive On agissait toujours comme agent ou fiduciaire et La Citadelle demeurait le commettant ou bénéficiaire des primes d'assurance. De plus, je souscris à l'avis du juge de première instance selon lequel les dispositions en matière de remboursement convenues entre La Citadelle et Drive On n'équivalaient pas à une révocation de la fiducie. Le billet à ordre daté du 21 septembre 1987 n'était qu'une confirmation du montant dû par Drive On à La Citadelle. En acceptant que le billet à ordre soit souscrit en sa faveur, La Citadelle n'a pas révoqué le droit à titre bénéficiaire qu'elle avait sur les primes d'assurance.

15

As well, the arrangement between Citadel and Drive On meets the three characteristics of a trust, namely certainty of intent, certainty of subject-matter, and certainty of object; see *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, at pp. 803-4; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233 (H.C.), at p. 237. The arrangement in the present case was based on the collection of insurance premiums by the insurance agent, Drive On, and the remittance of these premiums, subject to adjustments, to the insurer, Citadel. The intent to create a trust clearly follows from this principal-agent relationship. The object of the trust is the insurer, Citadel. Finally,

De même, l'accord entre La Citadelle et Drive On comporte les trois caractéristiques de la fiducie, à savoir la certitude quant à l'intention, la certitude quant aux biens sujets à la fiducie et la certitude quant aux bénéficiaires; voir *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, aux pp. 803 et 804; *Canadian Pacific Air Lines, Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1987), 61 O.R. (2d) 233 (H.C.), à la p. 237. En l'espèce, l'accord reposait sur la perception des primes d'assurance par l'agent d'assurances, Drive On, et sur leur remise, après rajustements, à l'assureur, La Citadelle. L'intention de créer une fiducie procède nettement de cette relation commettant-agent. Le bénéficiaire de la fidu-

the insurance premiums constitute the subject-matter of the trust.

The fact that the trust funds in Drive On's account were commingled with other funds does not undermine the relationship of trust between the parties. As Iacobucci J. wrote for the majority of this Court in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, at p. 804, "[w]hile the presence or absence of a prohibition on the commingling of funds is a factor to be considered in favour of a debt relationship, it is not necessarily determinative"; see also *R. v. Lowden* (1981), 27 A.R. 91 (C.A.), at pp. 101-2; *Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)*, [1988] 4 W.W.R. 232 (Alta. C.A.), at p. 238.

The intention of the parties in the present case was to create a trust relationship. That Drive On deposited the funds in a general bank account, as opposed to a special trust account, does not alter this intention. In May 1987, Citadel prepared a report of Drive On's procedures. This report found that a trust account had not been set up by Drive On. However, the report also noted that Drive On would establish a trust account if required by Citadel. The report indicates, therefore, that the parties had turned their minds to the possibility of setting up a trust account to prohibit the commingling of funds. Even though the trust account was never established, the fact that the parties considered this possibility confirms that the relationship was viewed by Citadel and Drive On as one of trust.

B. *The Liability of the Bank as a Stranger to the Trust*

1. General Principles

Having found that the relationship between Citadel and Drive On was one of trust, it is clear that Drive On's actions were in breach of trust. Quite simply, Drive On failed to remit to Citadel the insurance premiums collected on Citadel's behalf in July and August 1987. Moreover, I agree with

cie est l'assureur, La Citadelle. Finalement, les primes d'assurance sont les biens sujets à la fiducie.

Le fait que les fonds en fiducie contenus dans le compte de Drive On et d'autres fonds aient été regroupés ne mine pas la relation fiduciaire entre les parties. Comme l'écrit le juge Iacobucci au nom de notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, à la p. 804, «[c]ertes, la présence ou l'absence d'une interdiction de regrouper les sommes est un facteur qui indique un lien de la nature d'une créance, mais il n'est pas nécessairement décisif»; voir aussi *R. c. Lowden* (1981), 27 A.R. 91 (C.A.), aux pp. 101 et 102; *Bank of N.S. c. Soc. Gen. (Can.)*, [1988] 4 W.W.R. 232 (C.A. Alb.), à la p. 238.

L'intention des parties en l'espèce était d'établir une relation fiduciaire. Le fait que Drive On ait déposé les fonds dans un compte bancaire général plutôt que dans un compte en fiducie spécial ne change rien à cette intention. En mai 1987, La Citadelle a préparé un rapport sur les méthodes de Drive On. Dans ce rapport, on conclut que Drive On n'a ouvert aucun compte en fiducie. Toutefois, on y souligne aussi que Drive On ouvrirait un tel compte si La Citadelle l'exigeait. Le rapport indique donc que les parties avaient envisagé la possibilité d'ouvrir un compte en fiducie afin d'empêcher le regroupement de fonds. Bien qu'aucun compte en fiducie n'ait jamais été ouvert, le fait que les parties aient envisagé cette possibilité confirme que La Citadelle et Drive On considéraient que la relation qui existait était une relation fiduciaire.

B. *La responsabilité de la banque en tant que tiers à la fiducie*

1. Principes généraux

Après avoir conclu que la relation qui existait entre La Citadelle et Drive On était une relation fiduciaire, il est clair que les actes de Drive On constituaient un manquement à une obligation fiduciaire. Drive On a tout simplement omis de remettre à La Citadelle les primes d'assurance per-

16

17

18

the trial judge that Citadel did not acquiesce in the breach of trust by asking for and receiving the promissory note from Drive On. By accepting the note, Citadel did not represent that it was acquiescing in the use of the funds by the Bank. Consequently, Citadel is not barred from bringing an action against the bank for breach of trust; see *Fletcher v. Collis*, [1905] 2 Ch. 24 (C.A.); P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (7th ed. 1993), at p. 491. The question remains whether the Bank, as a stranger to the trust between Citadel and Drive On, can be liable as a constructive trustee.

gues au nom de celle-ci en juillet et en août 1987. De plus, je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que La Citadelle n'a pas consenti au manquement à l'obligation fiduciaire en demandant et en obtenant un billet à ordre de Drive On. En acceptant ce billet, La Citadelle n'a pas montré qu'elle acquiesçait à l'utilisation des fonds par la banque. Par conséquent, rien n'empêche La Citadelle de poursuivre la banque pour manquement à une obligation fiduciaire; voir *Fletcher c. Collis*, [1905] 2 Ch. 24 (C.A.); P. H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts* (7^e éd. 1993), à la p. 491. Il reste à décider si la banque, en sa qualité de tiers à la fiducie entre La Citadelle et Drive On, peut être responsable à titre de fiduciaire par interprétation.

19 There are three ways in which a stranger to a trust can be held liable as a constructive trustee for breach of trust. First, a stranger to the trust can be liable as a trustee *de son tort*. Secondly, a stranger to the trust can be liable for breach of trust by knowingly assisting in a fraudulent and dishonest design on the part of the trustees ("knowing assistance"). Thirdly, liability may be imposed on a stranger to the trust who is in receipt and chargeable with trust property ("knowing receipt"; see *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, at pp. 809-11).

Il y a trois manières de tenir un tiers à une fiducie responsable du manquement à une obligation fiduciaire, à titre de fiduciaire par interprétation. Premièrement, il peut être responsable à titre de fiduciaire «de son tort». Deuxièmement, il peut être responsable du manquement à une obligation fiduciaire s'il aide sciemment les fiduciaires à réaliser un dessein frauduleux et malhonnête («aide apportée en connaissance de cause»). Troisièmement, la responsabilité peut être imposée au tiers à la fiducie qui a reçu des biens en fiducie et doit en rendre compte («réception en connaissance de cause»; voir *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, aux pp. 809 à 811).

20 To be liable as trustees *de son tort*, strangers to the trust must commit a breach of trust while acting as trustees. Such persons are not appointed trustees but "take on themselves to act as such and to possess and administer trust property"; see *Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073 (Ch.), at p. 1095. This type of liability is inapplicable to the present case. The Bank never assumed the office or function of trustee; nor did it administer the trust funds on behalf of the beneficiary Citadel.

Pour être responsable à titre de fiduciaire «de son tort», le tiers à la fiducie doit manquer à une obligation fiduciaire pendant qu'il agit comme fiduciaire. Une telle personne n'est pas nommée fiduciaire, mais [TRADUCTION] «prend sur elle d'agir comme fiduciaire et de détenir et d'administrer les biens en fiducie»; voir *Selangor United Rubber Estates, Ltd. c. Cradock (No. 3)*, [1968] 2 All E.R. 1073 (Ch.), à la p. 1095. Ce type de responsabilité est inapplicable en l'espèce. La banque ne s'est jamais attribué la charge ou la fonction de fiduciaire; elle n'a pas non plus administré les fonds en fiducie pour le compte de la bénéficiaire La Citadelle.

21 The two remaining categories of liability, namely "knowing assistance" and "knowing

Les deux autres catégories de responsabilité, à savoir l'«aide apportée en connaissance de cause»

receipt”, relate to strangers to the trust who knowingly participate in a breach of trust. In *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, this Court considered the requirements for bringing a case within the “knowing assistance” category. In that case, the defendant travel agency collected funds from the sale of Air Canada tickets and held them in trust to be remitted to Air Canada. The funds were kept in the agency’s general bank account. The individual directors of the travel agency, who had personally guaranteed a demand loan, authorized the bank to withdraw funds from the general account to cover monies owing on the loan. A dispute arose between the directors with regard to misappropriation of funds. The bank sent demand notices to the directors and withdrew the full amount owing under the loan from the agency’s general account. As a result, Air Canada did not receive monies owed to it for ticket sales. The issue arose whether the appellant director, as stranger to the trust, was liable to Air Canada for the travel agency’s breach of trust.

This Court found the director liable for knowingly assisting in a breach of trust. The liability of the director was based on his knowledge of, and assistance in, a fraudulent and dishonest breach of trust on the part of the trustees. With regard to the knowledge requirement, Iacobucci J. wrote for the majority, at p. 811: “The knowledge requirement for this type of liability is actual knowledge; recklessness or wilful blindness will also suffice.” He expressly excluded constructive knowledge from this test. Iacobucci J. defined constructive knowledge, at p. 812, as “knowledge of circumstances which would indicate the facts to an honest person, or knowledge of facts which would put an honest person on inquiry”.

et la «réception en connaissance de cause» concernent les tiers à la fiducie qui participent sciemment au manquement à une obligation fiduciaire. Dans l’arrêt *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, notre Cour a examiné les conditions auxquelles une affaire peut être rangée dans la catégorie de l’«aide apportée en connaissance de cause». Dans cette affaire, l’agence de voyages défenderesse percevait des fonds provenant de la vente de billets d’Air Canada et les détenait en fiducie en vue de les remettre à Air Canada. Les fonds étaient conservés dans le compte bancaire général de l’agence. Chacun des administrateurs de l’agence de voyages, qui avait garanti personnellement un prêt remboursable sur demande, a autorisé la banque à retirer du compte général toute somme due sur le prêt. Un conflit a surgi entre les administrateurs au sujet d’un détournement de fonds. La banque leur a envoyé des avis de demande de remboursement et a retiré du compte général de l’agence le montant nécessaire pour rembourser au complet le prêt. En conséquence, Air Canada n’a pas reçu la somme qui lui était due pour les billets vendus. Il s’agissait de décider si l’administrateur appelant, à titre de tiers à la fiducie, était responsable envers Air Canada du manquement à une obligation fiduciaire commis par l’agence de voyages.

Notre Cour a décidé que l’administrateur était responsable d’avoir aidé sciemment à commettre un manquement à une obligation fiduciaire. Sa responsabilité reposait sur sa connaissance d’un manquement frauduleux et malhonnête à une obligation fiduciaire, commis par les fiduciaires, et sur l’aide qu’il leur avait apportée pour commettre ce manquement. Quant à la connaissance exigée, le juge Iacobucci écrit, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 811: «La connaissance requise pour ce type de responsabilité est la connaissance de fait; l’insouciance ou l’ignorance volontaire suffiront également.» Il a expressément exclu de ce critère la connaissance présumée. À la page 812, le juge Iacobucci définit la connaissance présumée comme étant «la connaissance de circonstances dont une personne honnête déduirait les faits ou la connaissance de faits qui inciteraient une personne honnête à demander des renseignements».

23

The Court of Appeal in the present case relied on the knowledge requirement set out in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*. Assuming the present case falls under the “knowing assistance” category, it is clear that only actual knowledge, recklessness, or wilful blindness will render the Bank liable for participating in the breach of trust. Constructive knowledge will not suffice. The trial judge’s conclusions regarding the knowledge of the Bank were as follows (at para. 33):

The Bank had actual knowledge of the nature of the funds in the Drive On account and had an obligation to inquire about their position in the circumstances. The Bank shut its eyes in circumstances which should have caused it to inquire of its customer at least. It did not do so. The Bank had constructive knowledge and is a constructive trustee. . . .

Kerans J.A. considered this passage from the trial judge’s reasons and concluded, at p. 77:

It is true that the judge used the words “shut its eyes”, but reading the passage in its entirety, it seems clear that the judge is refusing to say that the bank was actually aware that it was taking money in breach of trust, as opposed to what it should have known or what its duty was.

I agree with Kerans J.A. that the trial judge refused to make a finding of actual knowledge by the Bank. Rather, the trial judge restricted his findings to constructive knowledge, based on the Bank’s duty to inquire of its customer in the circumstances. Moreover, there was no finding of recklessness or wilful blindness as such. It follows from the trial judge’s findings that the Bank does not meet the knowledge requirement set out in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*. Since the Bank had only constructive knowledge, it cannot be liable under the “knowing assistance” category of constructive trusteeship.

En l’espèce, la Cour d’appel s’est appuyée sur l’exigence de connaissance énoncée dans l’arrêt *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité. À supposer que la présente affaire tombe dans la catégorie de l’«aide apportée en connaissance de cause», il est clair que seules la connaissance de fait, l’insouciance ou l’ignorance volontaire rendront la banque responsable d’avoir participé au manquement à une obligation fiduciaire. La connaissance présumée ne suffira pas. Les conclusions tirées par le juge de première instance sur la connaissance de la banque sont les suivantes (au par. 33):

[TRADUCTION] La banque avait la connaissance de fait de la nature des fonds qui se trouvaient dans le compte de Drive On et avait, dans les circonstances, l’obligation de s’enquérir de leur situation. Elle a fermé les yeux au moment où les circonstances auraient dû l’amener à s’informer au moins auprès de son client. Elle ne l’a pas fait. Il y avait connaissance présumée chez la banque, qui est fiduciaire par interprétation . . .

Le juge Kerans a examiné cet extrait des motifs du juge de première instance et a conclu, à la p. 77:

[TRADUCTION] Il est vrai que le juge a employé les mots «a fermé les yeux», mais si on lit l’extrait au complet, il semble évident que le juge refuse de dire que la banque savait réellement qu’elle manquait à une obligation fiduciaire en s’appropriant l’argent, par opposition à ce qu’elle aurait dû savoir ou à ce qu’elle avait le devoir de faire.

Je souscris à l’avis du juge Kerans selon lequel le juge de première instance a refusé de conclure que la banque avait la connaissance de fait. Ce dernier a plutôt limité ses conclusions à la connaissance présumée, compte tenu du devoir de la banque de s’informer auprès de son client dans les circonstances. De plus, il n’y a eu aucune conclusion d’insouciance ou d’ignorance volontaire comme telle. Il s’ensuit donc des conclusions du juge de première instance que la banque ne satisfait pas à l’exigence de connaissance énoncée dans *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité. Comme la banque n’avait que la connaissance présumée, elle ne peut être responsable suivant la catégorie de fiducie par interprétation appelée «aide apportée en connaissance de cause».

The only basis upon which the Bank may be held liable as a constructive trustee is under the “knowing receipt” or “knowing receipt and dealing” head of liability. Under this category of constructive trusteeship it is generally recognized that there are two types of cases. First, although inapplicable to the present case, there are strangers to the trust, usually agents of the trustees, who receive trust property lawfully and not for their own benefit but then deal with the property in a manner inconsistent with the trust. These cases may be grouped under the heading “knowing dealing”. Secondly, there are strangers to the trust who receive trust property for their own benefit and with knowledge that the property was transferred to them in breach of trust. In all cases it is immaterial whether the breach of trust was fraudulent; see *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1995), vol. 48, at para. 595; Pettit, *supra*, at p. 168; *Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees* (14th ed. 1987), at p. 357. The second type of case, which is relevant to the present appeal, raises two main issues: the nature of the receipt of trust property and the degree of knowledge required of the stranger to the trust.

2. Liability for Knowing Receipt

(a) *The Receipt Requirement*

Liability on the basis of “knowing receipt” requires that strangers to the trust receive or apply trust property for their own use and benefit; see *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, aff’d [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.); *Halsbury’s Laws of England*, *supra*, at paras. 595-96; Pettit, *supra*, at p. 168. As Iacobucci J. wrote in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, at pp. 810-11, the “knowing receipt” category of liability “requires the stranger to the trust to have received trust property in his or her personal capacity, rather than as an agent of the trustees”. In the banking context, which is directly applicable to the present

Une responsabilité ne peut être attribuée à la banque, en qualité de fiduciaire par interprétation, que s’il y a eu «réception en connaissance de cause» ou «réception et gestion en connaissance de cause». Il est généralement reconnu que cette catégorie de fiducie par interprétation comporte deux types de cas. Premièrement, quoique ce ne soit pas applicable en l’espèce, il y a les tiers à la fiducie, habituellement des mandataires des fiduciaires, qui ont reçu des biens en fiducie légalement et non pour leur propre profit, mais qui gèrent ces biens d’une manière incompatible avec la fiducie. Ces cas peuvent être réunis sous la rubrique «gestion en connaissance de cause». Deuxièmement, il y a les tiers à la fiducie qui ont reçu des biens en fiducie pour leur propre profit en sachant que ces biens leur étaient transférés en violation d’une obligation fiduciaire. Dans tous les cas, il importe peu que le manquement à une obligation fiduciaire soit frauduleux; voir *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1995), vol. 48, au par. 595; Pettit, *op. cit.*, à la p. 168; *Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees* (14^e éd. 1987), à la p. 357. Le second type de cas, qui est pertinent en l’espèce, soulève deux questions principales: la nature de la réception des biens en fiducie et le degré de connaissance requis chez le tiers à la fiducie.

2. Responsabilité pour réception en connaissance de cause

a) *L’exigence de réception*

Pour qu’il y ait responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause», il faut que le tiers à la fiducie ait reçu les biens en fiducie ou qu’il les ait affectés à ses propres usage et profit; voir *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1990] 1 Ch. 265, conf. par [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.); *Halsbury’s Laws of England*, *op. cit.*, aux par. 595 et 596; Pettit, *op. cit.*, à la p. 168. Comme le juge Iacobucci l’a écrit dans *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, aux pp. 810 et 811, la catégorie de responsabilité appelée «réception en connaissance de cause» «exige que le tiers ait reçu des biens en fiducie de son propre chef et non en qualité de mandataire des fiduciaires». Dans le contexte bancaire, qui est directement applicable en

case, the definition of receipt has been applied as follows:

The essential characteristic of a recipient . . . is that he should have received the property for his own use and benefit. That is why neither the paying nor the collecting bank can normally be made liable as recipient. In paying or collecting money for a customer the bank acts only as his agent. It sets up no title of its own. It is otherwise, however, if the collecting bank uses the money to reduce or discharge the customer's overdraft. In doing so it receives the money for its own benefit. . . . [Footnotes omitted.]

P. J. Millett, "Tracing the Proceeds of Fraud" (1991), 107 *L.Q.R.* 71, at pp. 82-83.

26

Thus, a distinction is traditionally made between a bank receiving trust funds for its own benefit, in order to pay off a bank overdraft ("knowing receipt"), and a bank receiving and paying out trust funds merely as agent of the trustee ("knowing assistance"); see *Underhill and Hayton, supra*, at p. 361.

27

In the present case, we saw, Drive On deposited trust funds, namely insurance premiums collected on Citadel's behalf, in an operating account at the Bank. Drive On's parent company, International Warranty, also had an account at the Bank. In April 1987, the Bank transferred funds between the Drive On and International Warranty accounts to cover overdrafts in either account. As well, in June, the Bank transferred the balance of any funds in the Drive On account to the International Warranty account on a regular basis. As a result of the transfers between the accounts in July and August, a net amount was transferred to the International Warranty account. This amount, which was in excess of the July and August premiums deposited by Drive On, was used to reduce International Warranty's overdraft. Although the Bank was instructed by Drive On's signing officers to make the transfers, the Bank did not act as mere agent in the circumstances. The Bank's actions went beyond the mere collection of funds and payment of bills on Drive On's behalf. The Bank, by apply-

l'espèce, la définition du mot «réception» a été ainsi appliquée:

[TRADUCTION] La caractéristique essentielle de la partie qui reçoit [. . .] est qu'elle aurait dû recevoir les biens pour ses propres usage et profit. C'est pourquoi ni la banque de paiement ni la banque d'encaissement ne peuvent normalement être tenues responsables à titre de partie qui reçoit. En payant ou en encaissant des sommes pour un client, la banque ne fait qu'agir comme mandataire de ce client. Elle n'acquiert aucun titre propre. Toutefois, il en va autrement si la banque d'encaissement utilise l'argent pour réduire ou couvrir le découvert du client. En agissant ainsi, elle reçoit l'argent pour son propre profit . . . [Renvois omis.]

P. J. Millett, «Tracing the Proceeds of Fraud» (1991), 107 *L.Q.R.* 71, aux pp. 82 et 83.

Une distinction est donc traditionnellement faite entre la banque qui reçoit des fonds en fiducie pour son propre profit, afin de couvrir un découvert («réception en connaissance de cause»), et la banque qui reçoit et verse des fonds en fiducie à titre de mandataire du fiduciaire («aide apportée en connaissance de cause»); voir *Underhill and Hayton, op. cit.*, à la p. 361.

Dans le cas qui nous occupe, nous l'avons vu, Drive On a déposé les fonds en fiducie, à savoir les primes d'assurance perçues pour le compte de La Citadelle, dans un compte d'affaires à la banque. La société mère de Drive On, International Warranty, avait aussi un compte à la banque. En avril 1987, la banque a transféré des fonds des comptes d'International Warranty et de Drive On pour couvrir les découverts de l'un ou l'autre compte. De plus, en juin, la banque a régulièrement transféré le solde des fonds du compte de Drive On au compte d'International Warranty. Par suite des virements effectués entre les comptes en juillet et en août, un montant net a été transféré au compte d'International Warranty. Ce montant, qui excédait celui des primes de juillet et août déposées par Drive On, a servi à réduire le découvert d'International Warranty. Bien que la banque ait reçu, des signataires autorisés de Drive On, des directives lui enjoignant d'effectuer ces virements, elle n'a pas agi comme simple mandataire dans les circonstances. Les actes de la banque allaient au-delà du simple

ing the deposit of insurance premiums as a set-off against International Warranty's overdraft, received a benefit. This benefit, of course, was the reduction in the amount owed to the Bank by one of its customers. It follows that the Bank received the trust funds for its own use and benefit.

In this Court, the respondents argued that they could not be liable on the basis of "knowing receipt" because they had not received the trust property. The respondents took the position, accepted by the authorities, that a bank deposit is simply a loan to the bank; see *Foley v. Hill* (1848), [1843-60] All E.R. Rep. 16 (H.L.); *Fonthill Lumber Ltd. v. Bank of Montreal* (1959), 19 D.L.R. (2d) 618 (Ont. C.A.), at p. 628. Accordingly, the deposit of money in Drive On's account was characterized as a debt obligation owed by the Bank to Drive On. This debt obligation gave rise to a credit in Drive On's favour. On instruction from its customer, the Bank simply transferred "credits" from Drive On's account to International Warranty's account. The transfer of credits had the incidental effect of reducing an overdraft in the International Warranty account. In other words, the transfers between the accounts in July and August simply amounted to an off-setting of debt obligations. In the respondents' view, the Bank was not receiving trust property but simply transferring credits from one account to another.

The respondents' arguments are not convincing. A debt obligation is a chose in action and, therefore, property over which one can impose a trust. This conclusion is supported by the House of Lords' decision in *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 3 W.L.R. 10. In that case, a firm of solicitors was authorized to operate a client's bank account. One of the firm's partners subsequently stole funds from the account and used them for casino gambling. Considering whether the solici-

encaissement de fonds et du paiement de factures pour le compte de Drive On. En employant les primes d'assurance déposées pour compenser le découvert d'International Warranty, la banque a tiré un profit. Ce profit, bien sûr, était la réduction du montant qui lui était dû par un de ses clients. Il s'ensuit que la banque a reçu les fonds en fiducie pour ses propres usage et profit.

Devant notre Cour, les intimées ont soutenu qu'aucune responsabilité ne pouvait leur être attribuée pour «réception en connaissance de cause», parce qu'elles n'avaient pas reçu les biens en fiducie. Elles ont adopté le point de vue, reconnu dans la jurisprudence, selon lequel un dépôt à la banque n'est qu'un prêt à la banque; voir *Foley v. Hill* (1848), [1843-60] All E.R. Rep. 16 (H.L.); *Fonthill Lumber Ltd. v. Bank of Montreal* (1959), 19 D.L.R. (2d) 618 (C.A. Ont.), à la p. 628. Par conséquent, le dépôt de sommes dans le compte de Drive On a été qualifié de créance de Drive On sur la banque. Cette créance a donné lieu à un crédit en faveur de Drive On. Sur l'ordre de son client, la banque a simplement transféré au compte d'International Warranty des «sommes portées au crédit» du compte de Drive On. Le virement de ces sommes créditées a eu pour effet accessoire de réduire un découvert du compte d'International Warranty. Autrement dit, les virements effectués d'un compte à l'autre en juillet et en août ont simplement été une compensation de créances. Du point de vue des intimées, la banque a non pas reçu des biens en fiducie, mais simplement transféré des sommes créditées d'un compte à un autre.

Les arguments des intimées ne sont pas convaincants. Une créance est un droit incorporel et, par conséquent, un bien pouvant être assujéti à une fiducie. Cette conclusion est étayée par l'arrêt de la Chambre des lords *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 3 W.L.R. 10. Dans cette affaire, un cabinet d'avocats avait été autorisé à gérer le compte bancaire d'un client. L'un des associés du cabinet a, par la suite, volé des fonds inscrits au crédit du compte et les a utilisés pour jouer au casino. Quant à savoir si les avocats pouvaient exercer un droit de suite sur les fonds de leur client

tors could trace their client's funds at common law, Lord Goff of Chieveley wrote, at pp. 28-29:

The relationship of the bank with the solicitors was essentially that of debtor and creditor; and since the client account was at all material times in credit, the bank was the debtor and the solicitors were its creditors. Such a debt constitutes a chose in action, which is a species of property; and since the debt was enforceable at common law, the chose in action was legal property belonging to the solicitors at common law.

The respondents cannot avoid the "property" issue by characterizing the deposit of trust monies in Drive On's account as a debt obligation. The chose in action, constituted by the indebtedness of the Bank to Drive On, was subject to a statutory trust in Citadel's favour. That same chose in action can also be the subject of a constructive trust in Citadel's favour.

30

Nonetheless, the respondents' arguments reflect a difficulty with the traditional conception of "receipt" in "knowing receipt" cases. In my view, the receipt requirement for this type of liability is best characterized in restitutionary terms. In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, at p. 669, I stated that a restitutionary claim, or a claim for unjust enrichment, is concerned with giving back to someone something that has been taken from them (a restitutionary proprietary award) or its equivalent value (a personal restitutionary award). As well, in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at pp. 1202-3, I stated that the function of the law of restitution "is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the [defendant] made at the [plaintiff's] expense." In the present case, the Bank was clearly enriched by the off-setting of debt obligations, or transferring of credits between the Drive On and International Warranty accounts. That is, the amount due to the Bank was reduced. As well, the Bank's enrichment deprived Citadel of the insurance premiums collected on its behalf. Moreover, the fact that the insurance premiums were never in Citadel's possession does not pre-

en common law, lord Goff of Chieveley écrit, aux pp. 28 et 29:

[TRADUCTION] La relation entre la banque et les avocats était essentiellement celle d'un débiteur et d'un créancier; et comme le compte du client a, à toutes les époques pertinentes, eu un solde créditeur, la banque était le débiteur et les avocats, ses créanciers. Une telle créance constitue un droit incorporel, qui est un genre de bien, et comme la créance était exigible en common law, le droit incorporel était un bien en common law qui appartenait aux avocats en common law.

Les intimées ne peuvent pas éviter la question des «biens» en qualifiant de créance le dépôt des sommes en fiducie dans le compte de Drive On. Le droit incorporel, que constituait la créance de Drive On sur la banque, était sujet à une fiducie créée par la loi, au profit de La Citadelle. Ce même droit incorporel peut aussi être sujet à une fiducie par interprétation au profit de La Citadelle.

Néanmoins, les arguments des intimées reflètent un problème posé par la conception traditionnelle de la «réception» dans les cas de «réception en connaissance de cause». À mon avis, il vaut mieux qualifier sous l'angle du droit en matière de restitution la réception exigée pour ce type de responsabilité. Dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, à la p. 669, j'ai affirmé que, lorsqu'on parle d'action en restitution ou pour enrichissement sans cause, on parle de rendre à autrui ce qu'on lui a pris (restitution du bien) ou l'équivalent de sa valeur (indemnisation). De même, j'ai dit, dans l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1203, que le droit en matière de restitution sert à «garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d'une richesse qu'il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l'espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la [défenderesse] aux dépens [de la demanderesse].» Dans la présente affaire, la banque a clairement été enrichie par la compensation des créances ou par le virement des sommes créditées du compte de Drive On à celui d'International Warranty, en ce sens que la somme due à la banque a été réduite. De plus, l'enrichissement de la banque a privé La Citadelle des primes d'assurance perçues pour son

clude Citadel from pursuing a restitutionary claim. After all, the insurance premiums would have accrued to Citadel's benefit. The Bank has been enriched at Citadel's expense. Thus, in restitutionary terms, there can be no doubt that the Bank received trust property for its own use and benefit.

(b) *The Knowledge Requirement*

The first requirement for establishing liability on the basis of "knowing receipt" has been satisfied. The Bank received the trust property for its own benefit and, in doing so, was enriched at the beneficiary's expense. The second requirement relates to the degree of knowledge required of the Bank in relation to the breach of trust. With regard to this knowledge requirement, there are two lines of authorities. According to one line of jurisprudence, the knowledge requirement for both "knowing assistance" and "knowing receipt" cases should be the same. More specifically, constructive knowledge should not be the basis for liability in either type of case. A second line of authority suggests that a different standard should apply in "knowing assistance" and "knowing receipt" cases. More specifically, the authorities favour a lower threshold of knowledge in "knowing receipt" cases.

A leading case in relation to the first line of authority is *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264. That case involved a dispute arising out of a 1923 settlement in which the future tenth Duke of Manchester had made an assignment of certain chattels to a number of trustees. The trustees were under a fiduciary duty to select and make an inventory of the chattels after the ninth Duke of Manchester died. The selection and inventory did not occur and the tenth Duke took absolutely whatever chattels he wanted. *Megarry v.-C.* held that the Duke was not liable as a constructive trustee because he did not know that the chattels

compte. Ajoutons que le fait que les primes d'assurance n'aient jamais été en la possession de La Citadelle ne l'empêche pas de présenter une demande de restitution. Après tout, ces primes lui seraient revenues. La banque s'est enrichie aux dépens de La Citadelle. En conséquence, selon le droit en matière de restitution, il n'y a aucun doute que la banque a reçu les biens en fiducie pour ses propres usage et profit.

b) *L'exigence de connaissance*

Il a été satisfait à la première condition pour imposer la responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause». La banque a reçu les biens en fiducie pour son propre profit et, ce faisant, elle s'est enrichie aux dépens du bénéficiaire. La seconde condition a trait au degré de connaissance requis chez la banque à l'égard du manquement à une obligation fiduciaire. En ce qui concerne l'exigence de connaissance, il y a deux courants de jurisprudence. Suivant un courant jurisprudentiel, l'exigence de connaissance devrait être la même tant dans les cas d'«aide apportée en connaissance de cause» que dans les cas de «réception en connaissance de cause». Plus précisément, la connaissance présumée ne doit pas être le fondement de la responsabilité dans l'un et l'autre cas. Selon un autre courant jurisprudentiel, une norme différente devrait être appliquée selon qu'il s'agit d'un cas d'«aide en connaissance de cause» ou d'un cas de «réception en connaissance de cause». Plus particulièrement, la jurisprudence préconise un seuil moins élevé de connaissance dans les cas «réception en connaissance de cause».

Un arrêt de principe qui s'inscrit dans le premier courant de jurisprudence est *In re Montagu's Settlement Trusts*, [1987] 1 Ch. 264. Il y était question d'un litige découlant d'une disposition effectuée en 1923, aux termes de laquelle le futur dixième duc de Manchester avait cédé certains biens meubles à un certain nombre de fiduciaires. Les fiduciaires avaient l'obligation fiduciaire de choisir et d'inventorier les biens après le décès du neuvième duc de Manchester. Le choix et l'inventaire n'ayant pas été faits, le dixième duc s'est approprié absolument tous les biens meubles qu'il voulait. Le vice-chancelier *Megarry* a jugé que le

31

32

were subject to a trust. In discussing the degree of knowledge required of the Duke, Megarry V.-C. emphasized that liability in "knowing receipt" cases is personal in nature and arises only if the stranger's conscience is sufficiently affected to justify imposing a constructive trust. Although cases involving actual knowledge, recklessness, and wilful blindness justify imposing a constructive trust, Megarry V.-C. doubted, at p. 285, whether the carelessness associated with constructive knowledge cases could sufficiently bind the stranger's conscience.

duc n'était pas responsable à titre de fiduciaire par interprétation parce qu'il ignorait que les biens en cause étaient sujets à une fiducie. Au sujet du degré de connaissance requis chez le duc, le vice-chancelier Megarry a souligné que, dans les cas de «réception en connaissance de cause», la responsabilité est de nature personnelle et n'est engagée que si la conscience du tiers est suffisamment en cause pour que soit justifiée l'imposition d'une fiducie par interprétation. Bien que les cas de connaissance de fait, d'insouciance et d'ignorance volontaire justifient d'imposer une fiducie par interprétation, le vice-chancelier Megarry a dit douter, à la p. 285, que le manque de diligence démontré dans les cas où il y a connaissance présumée soit suffisant pour que la conscience du tiers puisse être mise en cause.

33

In re Montagu's Settlement Trusts was followed in *Polly Peck International plc v. Nadir (No. 2)*, [1992] 4 All E.R. 769 (C.A.). There, the plaintiff company sought to impose liability on a bank for assisting in the misapplication of trust funds and for receiving and dealing in some way with trust property. The bank had been instructed by the trustee to transfer substantial trust funds into offshore accounts. Scott L.J. dealt with the case on the basis of both "knowing assistance" and "knowing receipt" because some of the transfers were made by the banker as agent while others were received for the bank's own benefit. With regard to the "knowing receipt" claim, the plaintiff beneficiary argued that, in the circumstances, the bank should have been put on inquiry as to whether there were improprieties in the transfers. Addressing the "knowing receipt" claim, Scott L.J. commented, at p. 777:

Liability as constructive trustee in a 'knowing receipt' case does not require that the misapplication of the trust funds should be fraudulent. It does require that the defendant should have knowledge that the funds were trust funds and that they were being misapplied. Actual knowledge obviously will suffice. Mr. Potts [lawyer for the plaintiff] has submitted that it will suffice if the

L'arrêt *In re Montagu's Settlement Trusts* a été suivi dans *Polly Peck International plc c. Nadir (No. 2)*, [1992] 4 All E.R. 769 (C.A.). Dans cette affaire, la société demanderesse cherchait à faire déclarer une banque responsable d'avoir aidé au détournement de fonds en fiducie et d'avoir reçu et géré de quelque manière des biens en fiducie. La banque avait reçu du fiduciaire l'ordre de transférer d'importantes sommes en fiducie à des comptes à l'étranger. Le lord juge Scott a traité l'affaire en fonction à la fois de l'«aide apportée en connaissance de cause» et de la «réception en connaissance de cause», parce que certains virements avaient été faits par le banquier en qualité de mandataire tandis que d'autres avaient été reçus au profit de la banque. Quant à l'argument de la «réception en connaissance de cause», la bénéficiaire demanderesse a soutenu que, dans les circonstances, la banque aurait dû être incitée à s'informer si les virements comportaient des irrégularités. À propos de l'argument de la «réception en connaissance de cause», le lord juge Scott fait observer, à la p. 777:

[TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire que le détournement des fonds en fiducie soit frauduleux pour qu'il y ait responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation dans une affaire de «réception en connaissance de cause». Il est nécessaire que le défendeur ait su que les fonds en cause étaient des fonds en fiducie et qu'ils étaient détournés. La connaissance de fait suffit de toute

defendant can be shown to have had knowledge of facts which would have put an honest and reasonable man on inquiry, or, at least, if the defendant can be shown to have wilfully and recklessly failed to make such inquiries as an honest and reasonable man would have made. . . . I do not think there is any doubt that, if the latter of the two criteria can be established against the Central Bank, that will suffice. I have some doubts about the sufficiency of the former criterion but do not think that the present appeal is the right occasion for settling the issue.

It should be noted that Scott L.J. went on to apply the test for constructive knowledge, but found that the bank was not liable because it did not have cause to suspect improprieties and was not put on inquiry.

The English approach favouring exclusion of constructive knowledge received the approval of the Manitoba Court of Appeal in *C.I.B.C. v. Valley Credit Union Ltd.*, [1990] 1 W.W.R. 736. In that case, a business obtained a line of credit from the plaintiff bank. Under the bank's general security agreement, the customer became trustee of monies paid to it with respect to accounts receivable or sales of inventory. The customer subsequently opened an account with the defendant credit union and used this account to deposit trust monies. The bank became aware of the other account, eventually called the customer's loans, and brought an action against the credit union to recover the funds in the customer's account. Philp J.A. refused to find the credit union liable as a constructive trustee. Without distinguishing between the categories of "knowing assistance" and "knowing receipt", Philp J.A. doubted whether the carelessness associated with constructive knowledge was sufficient to impose liability on the bank as a constructive trustee. Relying in part on *In re Montagu's Settlement Trusts*, *supra*, he stated, at p. 747:

évidence. Selon M^e Potts [l'avocat de la demanderesse], il suffit d'établir que le défendeur avait connaissance de faits qui auraient incité une personne honnête et raisonnable à demander des renseignements ou, du moins, d'établir qu'il a, volontairement et par insouciance, omis de demander les renseignements qu'aurait demandés une personne honnête et raisonnable [. . .] À mon sens, il n'y a aucun doute que, s'il peut être établi, au détriment de la Central Bank, qu'il a été satisfait au deuxième de ces deux critères, cela sera suffisant. Je doute que le premier critère soit suffisant, mais je ne pense pas qu'il convienne de trancher cette question dans le présent appel.

Il y a lieu de noter que le lord juge Scott a ensuite appliqué le critère de la connaissance présumée, mais a conclu que la banque n'était pas responsable parce qu'elle n'avait aucune raison de soupçonner l'existence d'irrégularités et n'a pas été incitée à demander des renseignements.

Le point de vue anglais en faveur de l'exclusion de la connaissance présumée a reçu l'approbation de la Cour d'appel du Manitoba dans *C.I.B.C. c. Valley Credit Union Ltd.*, [1990] 1 W.W.R. 736. Dans cette affaire, une entreprise avait obtenu une marge de crédit auprès de la banque demanderesse. Aux termes de la convention de garantie générale de la banque, le client devenait fiduciaire des sommes qui lui étaient versées à l'égard de comptes débiteurs ou de ventes de stocks. Le client a ultérieurement ouvert un compte à la coopérative de crédit défenderesse et utilisé ce compte pour y déposer des sommes en fiducie. Après avoir appris l'existence de l'autre compte, la banque a fini par demander le remboursement des prêts du client et a intenté une action contre la coopérative de crédit afin de recouvrer les fonds contenus dans le compte du client. Le juge Philp a refusé de tenir la coopérative de crédit responsable à titre de fiduciaire par interprétation. Sans établir de distinction entre les catégories de l'«aide apportée en connaissance de cause» et de la «réception en connaissance de cause», le juge Philp a dit douter que le manque de diligence démontré dans les cas de connaissance présumée soit suffisant pour que la banque puisse être tenue responsable à titre de fiduciaire par interprétation. S'appuyant en partie sur l'arrêt *In re Montagu's Settlement Trusts*, précité, il affirme, à la p. 747:

I do not think that it can be said that it has been authoritatively decided in Canada that carelessness or negligence is sufficient to impute constructive knowledge to a stranger, and to impose upon him liability as a constructive trustee. I think that it is a doubtful test, particularly in the case of a bank. The relationship between a bank and its customer is contractual and a principal obligation of the bank is to pay out as directed the moneys its customer has deposited. It seems to me that that obligation should be a paramount one, save in special factual circumstances sufficient to hold the bank privy to its customer's breach.

It should be noted, however, that later in his reasons Philp J.A. applied the test for constructive knowledge, but found that it had not been met in the circumstances.

35

That constructive knowledge should be excluded as a basis for liability in "knowing receipt" cases is also supported by the Ontario Court of Appeal's decision in *Bullock v. Key Property Management Inc.* (1997), 33 O.R. (3d) 1. There, a trustee had deposited trust funds in a bank account. The funds were then used to service the trustee's own interests, including the reduction of the trustee's indebtedness to the bank. The court dismissed the action against the bank on the grounds that it did not have the requisite degree of knowledge of the breach of trust. The court did not deal with the categories of "knowing assistance" and "knowing receipt" and apparently found it unnecessary to distinguish between the various heads of liability. Apparently assuming that there was only one category of liability, the court concluded, at p. 4:

As the law presently stands, a stranger to a trust will be held liable for a breach of that trust by the trustee only where the stranger has actual knowledge or is reckless or wilfully blind as to both the existence of the trust and the dishonest conduct of the trustee in connection with the trust. The inquiry must be directed to what the stranger to the trust actually knew or suspected and not to what the stranger would have known had reasonable inquiries been made. Failure to make reasonable inquiries may have evidentiary value in determining what the stranger to the trust in fact knew or suspected, but it is

[TRADUCTION] Je ne crois pas qu'on puisse dire qu'il a été statué péremptoirement au Canada que le manque de diligence ou la négligence suffit pour imputer la connaissance présumée à un tiers et lui imposer la responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation. Je pense que ce critère est douteux, en particulier dans le cas d'une banque. La relation entre une banque et son client est contractuelle et la banque est tenue principalement de payer, conformément aux directives reçues, les sommes déposées par le client. Il me semble que cette obligation devrait être primordiale, sauf si les faits particuliers suffisent pour décider que la banque était au courant de la violation commise par son client.

Il y a toutefois lieu de faire remarquer que, plus loin dans ses motifs, le juge Philp applique le critère de la connaissance présumée, mais conclut qu'il n'y a pas été satisfait en l'occurrence.

L'exclusion de la connaissance présumée comme fondement de responsabilité dans les cas de «réception en connaissance de cause» est aussi étayée par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Bullock c. Key Property Management Inc.* (1997), 33 O.R. (3d) 1. Dans cette affaire, un fiduciaire avait déposé des fonds en fiducie dans un compte bancaire. Les fonds ont ensuite été utilisés au profit du fiduciaire, notamment pour réduire sa dette envers la banque. La cour a rejeté l'action intentée contre la banque pour le motif qu'elle n'avait pas la connaissance requise à l'égard du manquement à une obligation fiduciaire. La cour n'a pas traité des catégories de l'«aide apportée en connaissance de cause» et de la «réception en connaissance de cause», et a apparemment jugé inutile de distinguer les divers genres de responsabilité. Présument apparemment qu'il n'y avait qu'une seule catégorie de responsabilité, la cour conclut, à la p. 4:

[TRADUCTION] Selon l'état actuel du droit, le tiers à une fiducie ne sera tenu responsable du manquement à une obligation fiduciaire commis par le fiduciaire que s'il a une connaissance de fait de l'existence de la fiducie et de la conduite malhonnête du fiduciaire à l'égard de celle-ci, ou s'il fait preuve d'insouciance ou d'ignorance volontaire à ce sujet. Il faut vérifier ce que le tiers à la fiducie savait ou soupçonnait réellement et non pas ce qu'il aurait su s'il s'était informé raisonnablement. L'omission de s'informer raisonnablement peut avoir une valeur probante lorsqu'il s'agit de déterminer ce que

not a basis for the imposition of liability as a constructive trustee.

As well, the Court of Appeal in the present case concluded, without restricting its comments to any particular head of liability, that constructive knowledge should be excluded as a basis for imposing liability on a stranger to the trust. Relying on Iacobucci J.'s reasons in *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, Kerans J.A. wrote, at p. 77, that "[a] stranger to a trust is not liable for a breach of trust from which it received a benefit unless it had both actual knowledge of the trust and participated in the breach".

According to a second line of authority, however, constructive knowledge is sufficient to find a stranger to the trust liable on the basis of "knowing receipt". A leading English authority, in terms of formulating the test for constructive knowledge in breach of trust cases, is *Selangor*, *supra*. There, a company director carried out a fraudulent takeover bid by using the company's funds to purchase its own shares. Two banks were involved in the takeover. One bank acted on behalf of the director by paying, for a fee, those shareholders who had agreed to sell. The bank's fee was paid for by way of an advance from a second bank, where the company's account had been transferred. The second bank was repaid with trust funds drawn from the company's account. In addressing the banks' liability, Ungoed-Thomas J. did not distinguish between receipt and assistance cases. He presumed, at p. 1095, that there was only one category of liability for strangers to the trust who, unlike trustees *de son tort*, "act in their own right and not for beneficiaries". Relying on this single category of liability, Ungoed-Thomas J. held, at p. 1104:

le tiers à la fiducie savait ou soupçonnait réellement, mais elle ne justifie pas l'imposition de la responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation.

De même, dans la présente affaire, la Cour d'appel a conclu, sans limiter ses observations à une catégorie particulière de responsabilité, qu'il y avait lieu d'exclure la connaissance présumée comme motif d'imposer une responsabilité à un tiers à la fiducie. S'appuyant sur les motifs du juge Iacobucci dans *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, le juge Kerans écrit, à la p. 77, que [TRADUCTION] «[I]e tiers à une fiducie n'est pas responsable du manquement à une obligation fiduciaire dont il a tiré profit, sauf si, à la fois, il avait la connaissance de fait de la fiducie et a participé au manquement».

Toutefois, d'après le second courant jurisprudentiel, la connaissance présumée est suffisante pour tenir un tiers à la fiducie responsable pour cause de «réception en connaissance de cause». L'arrêt *Selangor*, précité, est un arrêt de principe anglais pour ce qui est de formuler le critère de la connaissance présumée dans les cas de manquement à une obligation fiduciaire. Dans cette affaire, un administrateur de société avait fait une offre publique d'achat frauduleuse en employant les fonds de la société pour acquérir les propres actions de cette dernière. Deux banques avaient pris part à l'acquisition. L'une d'elles avait agi pour le compte de l'administrateur en payant, en échange d'honoraires, les actionnaires qui avaient accepté de vendre. Les honoraires de la banque étaient versés sous forme d'avance consentie par une seconde banque où le compte de la société avait été transféré. La seconde banque a été remboursée au moyen de fonds en fiducie tirés du compte de la société. Au sujet de la responsabilité des banques, le juge Ungoed-Thomas n'a pas établi de distinction entre les cas de réception et d'aide. À la page 1095, il a présumé qu'il n'existait qu'une seule catégorie de responsabilité pour le tiers à la fiducie qui, contrairement au fiduciaire «de son tort», [TRADUCTION] «agit de son propre chef, et non pour le compte de bénéficiaires». Invoquant cette unique catégorie de responsabilité, le juge Ungoed-Thomas conclut, à la p. 1104:

36

37

The knowledge required to hold a stranger liable as constructive trustee in a dishonest and fraudulent design, is knowledge of circumstances which would indicate to an honest, reasonable man that such a design was being committed or would put him on enquiry, which the stranger failed to make, whether it was being committed.

Ungoed-Thomas J. found both banks liable as constructive trustees.

38

The *Selangor* decision was followed by the British Columbia Court of Appeal in *Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78. There, a construction company deposited trust funds collected from building contracts with the defendant bank. These trust funds were then used to repay the company's indebtedness to the bank and to reduce personal overdrafts belonging to a director of the company. As well, the director stole trust monies from the company's account and transferred them to a personal account at a second bank. Addressing the liability of the second bank as a constructive trustee, Robertson J.A. wrote, at p. 136, that he was dealing with a "collecting bank" and not a "paying bank", thereby suggesting that the case fell under the "knowing receipt" category. Relying in part on *Selangor*, *supra*, Robertson J.A. found, at p. 138:

Under what I think is the proper test no necessity to take care arises until either it is clear that a breach of trust is being, or is intended to be, committed, or until there has come to the attention of the person something that should arouse suspicion in an honest, reasonable man and put him on inquiry. The person, for his own protection, in the first event should have nothing to do with the improper transaction, and in the second event should not continue to be involved in the suspected transaction until his inquiry shows him — or, more correctly, would show a reasonable man — that the suspicion is unfounded.

[TRANSDUCTION] La connaissance requise pour tenir un tiers responsable à titre de fiduciaire par interprétation à l'égard d'un dessein malhonnête et frauduleux est la connaissance de circonstances qui indiqueraient à une personne honnête et raisonnable qu'un tel dessein est en voie d'être réalisé ou qui l'inciteraient à s'informer — ce que le tiers n'a pas fait — s'il est en voie d'être réalisé.

Le juge Ungoed-Thomas a tenu les deux banques responsables à titre de fiduciaires par interprétation.

L'arrêt *Selangor* a été suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Groves-Raffin Construction Ltd. c. Bank of Nova Scotia* (1975), 64 D.L.R. (3d) 78. Dans cette affaire, une entreprise de construction avait déposé à la banque défenderesse des fonds en fiducie provenant de contrats de construction. Ces fonds en fiducie ont ensuite été utilisés pour rembourser la dette de l'entreprise envers la banque et pour réduire des découverts personnels d'un administrateur de l'entreprise. De même, ce dernier a volé des sommes en fiducie dans le compte de l'entreprise et les a transférées à son compte personnel à une seconde banque. Au sujet de la responsabilité de la seconde banque à titre de fiduciaire par interprétation, le juge Robertson écrit, à la p. 136, qu'il s'agissait d'une [TRANSDUCTION] «banque d'encaissement» et non d'une «banque de paiement», laissant entendre par là que l'affaire tombait dans la catégorie de la «réception en connaissance de cause». S'appuyant en partie sur l'arrêt *Selangor*, précité, le juge Robertson conclut, à la p. 138:

[TRANSDUCTION] Selon ce que j'estime être le critère approprié, il n'y a aucune nécessité de faire preuve de diligence, à moins qu'il ne soit évident qu'on est en voie de commettre un manquement à une obligation fiduciaire ou qu'on a l'intention de le commettre, ou que la personne se soit aperçue d'une chose qui devrait éveiller les soupçons d'une personne honnête et raisonnable, et l'inciter à demander des renseignements. Dans le premier cas, la personne, pour sa propre protection, ne devrait avoir rien à voir avec l'opération répréhensible, et dans le second cas, devrait éviter de continuer à participer à l'opération suspecte jusqu'à ce que les renseignements obtenus lui montrent — ou plus exactement, montreraient à une personne raisonnable — que ses soupçons sont injustifiés.

The *Selangor* decision was also applied by this Court in *Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 343. In that case, the plaintiff bid for the construction of a waste treatment plant. The bid was accompanied by a tender deposit cheque, to be held in trust by the owner of the project. The proceeds of the tender cheque eventually found their way into the owner's collateral account where they were drawn upon to meet the owner's obligations to the defendant bank. In these circumstances, it appears that the trust funds were received by the bank for its own use and benefit, thereby meeting the first requirement under the "knowing receipt" head of liability. Ritchie J., at p. 347, approved of the following test regarding the bank's knowledge of the breach of trust:

The position of a banker who has been placed "on inquiry" in the manner aforesaid is summarized in the following brief paragraph from *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) vol. III, para. 60:

A banker may be a constructive trustee of money in his customer's account and in breach of that trust if he pays the money away, even on the customer's mandate, in circumstances which put him upon inquiry.

The footnote references for this passage, although not referred to by Ritchie J., included *Selangor*, *supra*. Ritchie J. went on to apply this test to the facts and found the bank liable for breach of trust.

A similar test of constructive knowledge was applied by the Ontario Court of Appeal in *Arthur Andersen Inc. v. Toronto-Dominion Bank* (1994), 17 O.R. (3d) 363, leave to appeal refused, [1994] 3 S.C.R. v. In that case, the defendant bank was sued by a trustee appointed under the *Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, c. C.30. The bank had agreed to administer the accounts of a number of associated construction companies, in accordance with a "mirror accounting system". Among other things, this system eliminated the need to monitor over-

L'arrêt *Selangor* a aussi été appliqué par notre Cour dans *Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada*, [1980] 2 R.C.S. 343. Dans cette affaire, la demanderesse avait fait une soumission pour la construction d'une usine de traitement de déchets. La soumission était accompagnée d'un chèque de cautionnement que la propriétaire du projet devait garder en fiducie. Le produit du chèque s'est finalement retrouvé dans le compte cédé de la propriétaire, où il a servi à remplir les autres obligations de la propriétaire envers la banque défenderesse. Dans ces circonstances, il appert que les fonds en fiducie ont été reçus par la banque pour ses propres usage et profit, ce qui satisfaisait à la première condition de la responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause». À la page 347, le juge Ritchie approuve le critère qui suit quant à la connaissance qu'avait la banque du manquement à une obligation fiduciaire:

La situation d'un banquier dont «la méfiance a été éveillée» de la façon susmentionnée est résumée dans le bref paragraphe suivant de *Halsbury's Laws of England* (4^e éd.) vol. III, par. 60:

[TRADUCTION] Un banquier peut être un fiduciaire par interprétation des fonds portés au compte de son client et commettre une violation de cette fiducie s'il en tire des fonds, même s'il s'agit selon le mandat de son client, dans des circonstances qui ont éveillé sa méfiance.

Les renvois relatifs à ce passage, quoique non mentionnés par le juge Ritchie, comprenaient l'arrêt *Selangor*, précité. Le juge Ritchie a ensuite appliqué ce critère aux faits et tenu la banque responsable du manquement à une obligation fiduciaire.

Un critère analogue de connaissance présumée a été appliqué par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Arthur Andersen Inc. c. Toronto-Dominion Bank* (1994), 17 O.R. (3d) 363, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 3 R.C.S. v. Dans cette affaire, la banque défenderesse a été poursuivie par un fiduciaire nommé en vertu de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.R.O. 1990, ch. C.30. La banque avait accepté d'administrer les comptes d'un certain nombre d'entreprises de construction associées, conformément à un

drafts in individual accounts and permitted the informal transfer of debits and credits between all of the operating companies' accounts. The trial judge's findings implied that the funds in the accounts were transferred in breach of the trust requirements under the *Construction Lien Act*. Considering the liability of the bank as a constructive trustee, Grange and McKinlay J.J.A. thus wrote in their joint reasons, at pp. 381-82:

We consider that the law on this point can be summarized thus: in the absence of sufficient facts or circumstances indicating that there is a good possibility of trust beneficiaries being unpaid there is no duty of inquiry on a bank to determine whether the trades have been paid or will be able to be paid.

. . .

Only if a bank is aware of facts which would indicate that trades would not be paid in the normal course of business should it be charged with a duty of special inquiry.

It should be noted that Grange and McKinlay J.J.A. formulated this test without distinguishing between receipt and assistance cases. However, their comment, at p. 385, that the "Bank can only be liable for a breach of trust, and that breach would have to involve making use for its own benefit of money held on a trust for trade creditors", suggests that the case fell under the "knowing receipt" head of liability.

[TRADUCTION] «système de comptabilité spéculative». Ce système éliminait notamment la nécessité de surveiller les découverts de chacun des comptes et permettait le virement officieux des sommes inscrites au débit ou au crédit entre tous les comptes d'affaires des entreprises. Les conclusions du juge de première instance laissaient entendre que les fonds des comptes avaient été transférés en violation des conditions de fiducie prévues par la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*. Au sujet de la responsabilité de la banque à titre de fiduciaire par interprétation, les juges Grange et McKinlay ont donc écrit dans leurs motifs conjoints, aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] Nous estimons que le droit en la matière peut se résumer ainsi: en l'absence de circonstances ou de faits suffisants pour indiquer qu'il y a de bonnes chances que les bénéficiaires de la fiducie ne soient pas payés, la banque n'a pas à s'informer si les corps de métiers ont été payés ou s'ils pourront l'être.

. . .

Ce n'est que si une banque connaît des faits qui indiquent que les corps de métiers ne seront pas payés dans le cours normal des affaires qu'il y a lieu de lui imposer l'obligation de demander des renseignements particuliers.

Il y a lieu de noter que les juges Grange et McKinlay ont formulé ce critère sans établir de distinction entre les cas de réception et les cas d'aide. Toutefois, leur observation, à la p. 385, selon laquelle [TRADUCTION] «la banque ne peut être responsable que du manquement à une obligation fiduciaire et il faudrait que ce manquement comporte l'utilisation à son propre profit de sommes détenues en fiducie pour les corps de métiers créanciers», laisse entendre que l'affaire tombait dans la catégorie de responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause».

41

This analysis was endorsed by the Manitoba Court of Appeal in *Glenko Enterprises Ltd. v. Ernie Keller Contractors Ltd.* (1996), 134 D.L.R. (4th) 161. On facts similar to *Arthur Andersen, supra*, the court, at pp. 164-65, considered "whether a bank which has applied trust funds received from a building contractor to reduce an account overdraft has participated in a breach of

La Cour d'appel du Manitoba a souscrit à cette analyse dans *Glenko Enterprises Ltd. c. Ernie Keller Contractors Ltd.* (1996), 134 D.L.R. (4th) 161. Devant des faits semblables à ceux de l'affaire *Arthur Andersen*, précitée, la cour s'est demandé, aux pp. 164 et 165, si [TRADUCTION] «une banque qui a utilisé des fonds en fiducie reçus d'un entrepreneur en bâtiments pour réduire un découvert

trust and must therefore account to the beneficiaries of that trust for those funds". The funds in question, which were misappropriated by the defendant contractor, were subject to trust requirements under the *Builders' Liens Act*, R.S.M. 1987, c. B91. Considering whether the bank was a party to a breach of trust by its customer, Scott C.J.M. held, at p. 167:

... the Bank is not liable for the builder's breach of trust if the Bank, in the ordinary course of business, accepted deposits and allowed cheques to be written thereon — or for that matter if it applied the funds on the overdraft — unless it had or clearly should have had knowledge of the breach of trust by the contractor or of facts to put it on notice.

The court went on to agree with the trial judge, at p. 176, that the bank, although it apparently received the trust funds for its own benefit, was not liable because "the inquiries and arrangements for further information which were made by the bank . . . were reasonable in all the circumstances".

There are also a number of recent English authorities supporting the view that constructive knowledge is sufficient to impose liability on the basis of "knowing receipt". In *Agip (Africa) Ltd.* (Ch.), *supra*, Millett J. made a number of comments regarding "knowing receipt" cases, even though the case before him was of the "knowing assistance" category. With regard to the degree of knowledge required in "knowing receipt" cases, he wrote, at p. 291:

The first [category of "knowing receipt" cases] is concerned with the person who receives for his own benefit trust property transferred to him in breach of trust. He is liable as a constructive trustee if he received it with notice, actual or constructive, that it was trust property and that the transfer to him was a breach of

bancaire a participé au manquement à une obligation fiduciaire et doit, en conséquence, rendre compte de ces fonds aux bénéficiaires de cette fiducie». Les fonds en cause, détournés par l'entrepreneur défendeur, étaient assujettis aux conditions de fiducie prévues dans la *Loi sur le privilège du constructeur*, L.R.M. 1987, ch. B91. Quant à savoir si la banque avait participé au manquement à une obligation fiduciaire commis par son client, le juge en chef Scott conclut, à la p. 167:

[TRADUCTION] . . . la banque n'est pas responsable du manquement à une obligation fiduciaire commis par le constructeur si, dans le cours normal des affaires, elle a accepté des dépôts et permis que des chèques soient tirés sur ceux-ci — ou quant à cela, si elle a affecté les fonds au découvert — sauf si elle avait ou aurait de toute évidence dû avoir connaissance du manquement à une obligation fiduciaire commis par l'entrepreneur ou de faits propres à éveiller sa méfiance.

À la page 176, la cour a ajouté qu'elle souscrivait à l'avis du juge de première instance selon lequel la banque, bien qu'elle ait apparemment reçu les fonds en fiducie pour son propre profit, n'était pas responsable parce que [TRADUCTION] «les demandes de renseignements de la banque et les mesures qu'elle a prises pour s'informer davantage [. . .] étaient raisonnables compte tenu de l'ensemble des circonstances».

Il y a aussi un certain nombre de précédents anglais récents qui appuient le point de vue selon lequel la connaissance présumée est suffisante pour imposer une responsabilité fondée sur la «réception en connaissance de cause». Dans l'arrêt *Agip (Africa) Ltd.* (Ch.), précité, le juge Millett a fait un certain nombre de commentaires au sujet des cas de «réception en connaissance de cause», même si l'affaire dont il était saisi tombait dans la catégorie de l'«aide apportée en connaissance de cause». Quant au degré de connaissance requis dans les cas de «réception en connaissance de cause», il écrit, à la p. 291:

[TRADUCTION] La première catégorie [celle des cas de «réception en connaissance de cause»] concerne la personne qui reçoit pour son propre profit des biens en fiducie qui lui sont transférés en violation d'une obligation fiduciaire. Elle est responsable à titre de fiduciaire par interprétation, si elle a reçu en même temps un avis,

trust; or if he received it without such notice but subsequently discovered the facts.

However, Millett J.'s comments must be read in light of a later passage, at p. 293, where he refused to express an opinion as to whether constructive knowledge sufficed in "knowing receipt" cases.

de fait ou présumé, qu'il s'agissait de biens en fiducie et que le transfert lui était effectué en violation d'une obligation fiduciaire, ou encore si elle les a reçus sans avoir obtenu cet avis, mais qu'elle a ensuite découvert la réalité.

Toutefois, ces observations du juge Millett doivent être interprétées en fonction d'un passage subséquent, à la p. 293, où il refuse d'exprimer une opinion sur la question de savoir si la connaissance présumée suffit dans les cas de «réception en connaissance de cause».

43

Millett J.'s comments were subsequently referred to by Knox J. in *Cowan de Groot Properties Ltd. v. Eagle Trust plc*, [1992] 4 All E.R. 700 (Ch.). In this "knowing receipt" case the issue arose whether a purchaser company had knowledge of a breach of duty arising out of the sale of another company's property. The purchaser's liability as a constructive trustee turned on whether or not it had knowledge that the directors of the vendor company were deliberately selling at a gross undervalue. Knox J. noted, at p. 758, that there was a "substantial body of authority in favour of the proposition that constructive notice based on what a reasonable man would have concluded though falling short of want of probity on the part of the person charged as a constructive trustee may suffice in a knowing receipt case". Despite this body of authority, Knox J. preferred a test based on actual knowledge, wilful blindness, or recklessness. However, he added that if, contrary to his view, constructive knowledge was sufficient, there would still have been no liability on the facts before him. As well, at p. 761, he suggested "that the underlying broad principle which runs through the authorities regarding commercial transactions is that the court will impute knowledge, on the basis of what a reasonable person would have learnt, to a person who is guilty of commercially unacceptable conduct in the particular context involved".

Par la suite, le juge Knox s'est reporté à ces observations dans *Cowan de Groot Properties Ltd. c. Eagle Trust plc*, [1992] 4 All E.R. 700 (Ch.). Dans cette affaire de «réception en connaissance de cause», il fallait décider si une société acheteuse avait eu connaissance d'un manquement à une obligation fiduciaire découlant de la vente de biens d'une autre société. La responsabilité de l'acheteuse à titre de fiduciaire par interprétation dépendait de sa connaissance du fait que les administrateurs de la société vendeuse avaient délibérément sous-évalué les biens, et ce, de façon flagrante. Le juge Knox a fait remarquer, à la p. 758, qu'il y avait [TRADUCTION] «une jurisprudence abondante à l'appui de la proposition selon laquelle la connaissance présumée fondée sur ce qu'une personne raisonnable aurait conclu, mais qui ne comprend pas l'absence de probité chez la personne accusée à titre de fiduciaire par interprétation, peut suffire dans un cas de réception en connaissance de cause». Malgré cette jurisprudence, le juge Knox a préféré un critère fondé sur la connaissance de fait, l'ignorance volontaire ou l'insouciance. Toutefois, il a ajouté que si, contrairement à son avis, la connaissance présumée était suffisante, il n'y aurait toujours pas de responsabilité d'après les faits qui lui avaient été soumis. Il a dit, en outre, à la p. 761, que [TRADUCTION] «le principe général fondamental qui se dégage de la jurisprudence en matière d'opérations commerciales veut que la cour attribue une connaissance, fondée sur ce qu'une personne raisonnable aurait appris, à la personne coupable d'avoir adopté, dans le contexte particulier en cause, un comportement inacceptable sur le plan commercial».

Millett J. reiterated the views he expressed in *Agip (Africa) Ltd.*, *supra*, in *El Ajou v. Dollar Land Holdings plc*, [1993] 3 All E.R. 717 (Ch.). That case involved a massive share fraud carried out by three Canadians in Amsterdam between 1984 and 1985. The plaintiff, the largest single victim of the fraud, claimed to be able to trace some of the proceeds of the fraud from Amsterdam through locations in Geneva, Gibraltar, Panama, back to Geneva, and then to London, where they were invested in a joint venture to carry out a property development project. In this “knowing receipt” case, Millett J. was prepared to assume that constructive knowledge was a sufficient basis for liability. At p. 739, he stated:

In the absence of full argument I am content to assume, without deciding, that dishonesty or want of probity involving actual knowledge (whether proved or inferred) is not a precondition of liability; but that a recipient is not expected to be unduly suspicious and is not to be held liable unless he went ahead without further inquiry in circumstances in which an honest and reasonable man would have realised that the money was probably trust money and was being misapplied.

According to the second line of authority, then, the degree of knowledge required of strangers to the trust should be different in assistance and receipt cases. Generally, there are good reasons for requiring different thresholds of knowledge under the two heads of liability. As Millett J. wrote in *Agip (Africa) Ltd.*, *supra*, at pp. 292-93:

The basis of liability in the two types of cases is quite different; there is no reason why the degree of knowledge required should be the same, and good reason why it should not. Tracing claims and cases of “knowing receipt” are both concerned with rights of priority in relation to property taken by a legal owner for his own benefit; cases of “knowing assistance” are concerned with the furtherance of fraud.

44

Dans *El Ajou c. Dollar Land Holdings plc*, [1993] 3 All E.R. 717 (Ch.), le juge Millett a réitéré le point de vue qu’il avait exprimé dans l’arrêt *Agip (Africa) Ltd.*, précité. Cette affaire portait sur une énorme fraude concernant des actions, que trois Canadiens avaient commise à Amsterdam, entre 1984 et 1985. La demanderesse, principale victime de la fraude, a prétendu pouvoir retrouver la trace d’une partie du produit de la fraude d’abord à Amsterdam, puis à Genève, Gibraltar, Panama, de nouveau à Genève et enfin à Londres, où elle avait été investie dans une coentreprise d’aménagement immobilier. Dans cette affaire de «réception en connaissance de cause», le juge Millett était disposé à tenir pour acquis que la connaissance présumée était un motif suffisant de responsabilité. À la page 739, il affirme:

[TRADUCTION] Faute d’argumentation complète, je me contenterai de supposer, sans en décider, que la malhonnêteté ou l’absence de probité, qui comporte la connaissance de fait (prouvée ou déduite), n’est pas une condition préalable de la responsabilité, mais qu’on ne s’attend pas à ce que la partie qui reçoit une somme soit trop méfiante, et qu’elle ne doit être tenue responsable que si elle a agi sans s’informer davantage dans des circonstances où une personne honnête et raisonnable se serait aperçue qu’il s’agissait probablement de fonds en fiducie qui étaient détournés.

45

Selon le second courant jurisprudentiel, le degré de connaissance requis chez les tiers à la fiducie devrait donc être différent selon qu’il s’agit d’un cas d’aide ou d’un cas de réception. Généralement, il y a de bonnes raisons d’exiger des seuils différents de connaissance pour les deux catégories de responsabilité. Comme l’écrit le juge Millett dans l’arrêt *Agip (Africa) Ltd.*, précité, aux pp. 292 et 293:

[TRADUCTION] Le fondement de la responsabilité dans les deux types de cas est complètement différent; il n’y a aucune raison pour que le degré de connaissance requis soit le même, et il y a de bonnes raisons pour qu’il ne le soit pas. Les actions où il est question de droit de suite et celles où il s’agit de «réception en connaissance de cause» concernent toutes des droits de priorité relativement à des biens dont le titulaire du droit de propriété s’est servi pour son propre profit; les cas d’«aide apportée en connaissance de cause» concernent l’aide apportée pour commettre une fraude.

46 In other words, the distinction between the two categories of liability is fundamental: whereas the accessory's liability is "fault-based", the recipient's liability is "receipt-based". In an extrajudicial opinion, Millett J. described the distinction as follows:

... the liability of the accessory is limited to the case where the breach of trust in question was fraudulent and dishonest; the liability of the recipient is not so limited. In truth, however, the distinction is fundamental; there is no similarity between the two categories. The accessory is a person who either never received the property at all, or who received it in circumstances where his receipt was irrelevant. His liability cannot be receipt-based. It is necessarily fault-based, and is imposed on him not in the context of the law of competing priorities to property, but in the application of the law which is concerned with the furtherance of fraud. [Footnotes omitted.]

"Tracing the Proceeds of Fraud", *supra*, at p. 83.

47 S. Gardner makes a similar point in "Knowing Assistance and Knowing Receipt: Taking Stock" (1996), 112 *L.Q.R.* 56, at p. 85:

... it is questionable whether knowing receipt is about wrongfully causing loss at all. There may be more than one other thing that it could be about, but most modern opinion takes it to be a restitutionary liability, based on the fact that the defendant has acquired the plaintiff's property.

The same view was expressed by the Privy Council in *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64, at p. 70: "Different considerations apply to the two heads of liability. Recipient liability is restitution-based; accessory liability is not." These comments are also cited with approval by Iacobucci J. in *Gold*, *supra*, at para. 41.

48 Given the fundamental distinction between the nature of liability in assistance and receipt cases, it makes sense to require a different threshold of

Autrement dit, la distinction entre les deux catégories de responsabilité est fondamentale: alors que la responsabilité du complice est «fondée sur la faute», la responsabilité de la partie qui reçoit est «fondée sur la réception». Dans une opinion extrajudiciaire, le juge Millett décrit ainsi la distinction:

[TRADUCTION] ... la responsabilité du complice est limitée au cas où le manquement à une obligation fiduciaire a été frauduleux et malhonnête; la responsabilité de la partie qui reçoit n'est pas limitée ainsi. En vérité, cependant, cette distinction est fondamentale; il n'y a aucune similitude entre les deux catégories. Le complice est une personne qui soit n'a jamais reçu les biens, soit les a reçus dans des circonstances où le fait de les avoir reçus n'était pas pertinent. Sa responsabilité ne peut pas être fondée sur la réception. Elle est nécessairement fondée sur la faute et lui est attribuée non pas dans le contexte des règles relatives aux droits de priorité concurrents, mais en application du droit qui concerne l'aide apportée pour commettre une fraude. [Renvois omis.]

«Tracing the Proceeds of Fraud», *loc. cit.*, à la p. 83.

S. Gardner fait une remarque semblable dans «Knowing Assistance and Knowing Receipt: Taking Stock» (1996), 112 *L.Q.R.* 56, à la p. 85:

[TRADUCTION] ... il est discutable que la réception en connaissance de cause ait quelque chose à voir avec le fait de causer injustement une perte. Elle peut concerner plus d'une autre chose, mais l'opinion prépondérante contemporaine veut qu'elle ait quelque chose à voir avec la responsabilité en matière de restitution, étant donné que le défendeur a acquis le bien du demandeur.

Le Conseil privé a exprimé la même opinion dans *Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. c. Tan*, [1995] 3 W.L.R. 64, à la p. 70: [TRADUCTION] «Des considérations différentes s'appliquent aux deux catégories de responsabilité. La responsabilité de la partie qui reçoit est fondée sur la restitution, alors qu'il n'en est pas ainsi de la responsabilité du complice.» Ces observations sont également citées et approuvées par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Gold*, précité, au par. 41.

Vu la distinction fondamentale entre les cas d'aide et de réception quant à la nature de la responsabilité, il est logique d'exiger un seuil de

knowledge for each category of liability. In “knowing assistance” cases, which are concerned with the furtherance of fraud, there is a higher threshold of knowledge required of the stranger to the trust. Constructive knowledge is excluded as the basis for liability in “knowing assistance” cases; see *Air Canada v. M & L Travel Ltd.*, *supra*, at pp. 811-13. However, in “knowing receipt” cases, which are concerned with the receipt of trust property for one’s own benefit, there should be a lower threshold of knowledge required of the stranger to the trust. More is expected of the recipient, who, unlike the accessory, is necessarily enriched at the plaintiff’s expense. Because the recipient is held to this higher standard, constructive knowledge (that is, knowledge of facts sufficient to put a reasonable person on notice or inquiry) will suffice as the basis for restitutionary liability. Iacobucci J. reaches the same conclusion in *Gold*, *supra*, where he finds, at para. 46, that a stranger in receipt of trust property “need not have actual knowledge of the equity [in favour of the plaintiff]; notice will suffice”.

This lower threshold of knowledge is sufficient to establish the “unjust” or “unjustified” nature of the recipient’s enrichment, thereby entitling the plaintiff to a restitutionary remedy. As I wrote in *Lac Minerals*, *supra*, at p. 670, “[t]he determination that the enrichment is ‘unjust’ does not refer to abstract notions of morality and justice, but flows directly from the finding that there was a breach of a legally recognized duty for which the courts will grant relief”. In “knowing receipt” cases, relief flows from the breach of a legally recognized duty of inquiry. More specifically, relief will be granted where a stranger to the trust, having received trust property for his or her own benefit and having knowledge of facts which would put a reasonable person on inquiry, actually fails to inquire as to the possible misapplication of trust

connaissance différent pour chaque catégorie de responsabilité. Dans les cas d’«aide apportée en connaissance de cause», qui concernent l’aide apportée pour commettre une fraude, le seuil de connaissance requis chez le tiers à la fiducie est plus élevé. La connaissance présumée est écartée comme motif de responsabilité dans les cas d’«aide apportée en connaissance de cause»; voir *Air Canada c. M & L Travel Ltd.*, précité, aux pp. 811 à 813. Toutefois, dans les cas de «réception en connaissance de cause», qui portent sur les biens en fiducie qu’une partie reçoit pour son propre profit, le seuil de connaissance requis chez le tiers à la fiducie devrait être moins élevé. Les attentes sont plus élevées en ce qui concerne la partie qui reçoit qui, contrairement au complice, s’enrichit nécessairement aux dépens du demandeur. Parce que la partie qui reçoit doit satisfaire à cette norme plus exigeante, la connaissance présumée (c’est-à-dire la connaissance de faits suffisante pour éveiller la méfiance d’une personne raisonnable, ou pour l’inciter à demander des renseignements) sera suffisante pour imposer la responsabilité en matière de restitution. Le juge Iacobucci tire la même conclusion dans l’arrêt *Gold*, précité, où il décide, au par. 46, que le tiers qui reçoit des biens en fiducie «n’a pas besoin d’avoir une connaissance de fait de l’existence de ce droit d’*equity* [en faveur du demandeur]; la connaissance présumée suffit».

Ce seuil moins élevé de connaissance est suffisant pour établir que l’enrichissement de la partie qui reçoit est «sans cause» ou «injustifié», d’où le droit du demandeur à une réparation fondée sur la restitution. Comme je l’ai écrit dans l’arrêt *Lac Minerals*, précité, à la p. 670, «[l]a conclusion que l’enrichissement est “sans cause” ne découle pas de notions abstraites de moralité et de justice, mais vient directement de la conclusion qu’il y a eu manquement à une obligation juridique à l’égard duquel les tribunaux accordent une réparation». Dans les cas de «réception en connaissance de cause», la réparation résulte du manquement à un devoir légalement reconnu de s’informer. Plus précisément, la réparation sera accordée si le tiers à la fiducie, qui a reçu des biens en fiducie pour son propre profit et en connaissance de faits qui

property. It is this lack of inquiry that renders the recipient's enrichment unjust.

auraient incité une personne raisonnable à demander des renseignements, ne s'informe pas de la possibilité qu'il y ait détournement de biens en fiducie. C'est cette omission de s'informer qui fait en sorte que l'enrichissement de la partie qui reçoit est un enrichissement sans cause.

50 Some commentators go further and argue that a recipient may be unjustly enriched regardless of either a duty of inquiry or constructive knowledge of a breach of trust. According to Professor Birks, a recipient of misdirected funds should be liable on a strict, restitutionary basis. In his article "Misdirected Funds: Restitution from the Recipient", [1989] *L.M.C.L.Q.* 296, he argues that a recipient's enrichment is unjust because the plaintiff did not consent to it, not because the defendant knew that the funds were being misdirected. In particular, he writes, at p. 341, that "[t]he 'unjust' factor can be named 'ignorance', signifying that the plaintiff, at the time of the enrichment, was absolutely unaware of the transfer from himself to the defendant". Birks, however, lessens the strictness of his approach by allowing a defendant to take advantage of special defences, including a defence arising out of a *bona fide* purchase for value. (See also P. Birks, "Overview: Tracing, Claiming and Defences", in P. Birks, ed., *Laundering and Tracing* (1995), 289, at pp. 322 *et seq.*)

Certains commentateurs vont plus loin et soutiennent qu'il peut y avoir un enrichissement sans cause de la partie qui reçoit indépendamment de l'existence d'un devoir de s'informer ou d'une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire. Selon le professeur Birks, la partie qui reçoit des fonds détournés doit être responsable strictement selon le droit en matière de restitution. Dans son article intitulé «Misdirected Funds: Restitution from the Recipient», [1989] *L.M.C.L.Q.* 296, il soutient que l'enrichissement de la partie qui reçoit est sans cause parce que le demandeur n'y a pas consenti, et non parce que le défendeur savait que les fonds étaient détournés. En particulier, écrit-il, à la p. 341, [TRADUCTION] «[l]'élément "sans cause" peut être qualifié d'"ignorance", ce qui signifie que le demandeur, au moment de l'enrichissement, ignorait totalement l'existence du virement dont il faisait l'objet au profit du défendeur». Toutefois, Birks atténue la rigueur de cette solution en permettant au défendeur de profiter de certains moyens de défense particuliers, dont celui découlant de l'achat de bonne foi moyennant contrepartie. (Voir aussi P. Birks, «Overview: Tracing, Claiming and Defences», dans P. Birks, dir., *Laundering and Tracing* (1995), 289, aux pp. 322 et suiv.)

51 In my view, the test formulated by Professor Birks, while not entirely incompatible with my own, may establish an unjust deprivation, but not an unjust enrichment. It is recalled that a plaintiff is entitled to a restitutionary remedy not because he or she has been unjustly deprived but, rather, because the defendant has been unjustly enriched, at the plaintiff's expense. To show that the defendant's enrichment is unjustified, one must necessarily focus on the defendant's state of mind not the plaintiff's knowledge, or lack thereof. Indeed, without constructive or actual knowledge of the breach of trust, the recipient may very well have a

À mon avis, le critère formulé par le professeur Birks, quoiqu'il ne soit pas entièrement incompatible avec le mien, peut établir l'existence d'une privation sans cause, mais non celle d'un enrichissement sans cause. On se souviendra que le demandeur a droit à une réparation fondée sur la restitution non parce qu'il a été privé injustement, mais plutôt parce que le défendeur s'est enrichi injustement à ses dépens. Pour montrer que l'enrichissement du défendeur est injustifié, il faut nécessairement se concentrer sur l'état d'esprit du défendeur et non sur la connaissance ou l'absence de connaissance du demandeur. En réalité, en

lawful claim to the trust property. It would be unfair to require a recipient to disgorge a benefit that has been lawfully received. In those circumstances, the recipient will not be unjustly enriched and the plaintiff will not be entitled to a restitutionary remedy.

In the banking context of the present case, it is true that s. 206(1) of the *Bank Act*, R.S.C., 1985, c. B-1, negates any duty on the part of a bank to see to the execution of any trust, whether express, implied or constructive, to which a deposit is subject. In accordance with this provision, a bank is not under a duty to regularly monitor the activities of its clients simply because the funds deposited by those clients are impressed with a statutory trust. Nonetheless, this provision does not render a bank immune from liability as a constructive trustee or prevent the recognition of a duty of inquiry on the part of a bank. Indeed, in certain circumstances, a bank's knowledge of its customer's affairs will require the bank to make inquiries as to possible misapplication of trust funds. As discussed earlier, the degree of knowledge required is constructive knowledge of a possible breach of trust. It follows that a bank which is enriched by the receipt of trust property and has knowledge of facts that would put a reasonable person on inquiry is under a duty to make inquiries of its customer regarding a possible breach of trust. If the bank fails to make the appropriate inquiries, it will have constructive knowledge of the breach of trust. In these circumstances, the bank will be unjustly enriched and, therefore, required to disgorge the benefit it received at the plaintiff's expense.

The respondents argued that imposing liability on a banker who merely has constructive notice of a breach of trust will place too great a burden on

l'absence de connaissance présumée ou de fait du manquement à une obligation fiduciaire, la partie qui reçoit peut très bien posséder un droit légitime sur les biens en fiducie. Il serait injuste d'obliger la partie qui reçoit à rendre un avantage qu'elle a reçu légitimement. En pareil cas, il n'y a pas enrichissement sans cause de la partie qui reçoit et le demandeur n'a pas droit à une réparation fondée sur la restitution.

Dans le cas qui nous occupe, où il est question d'opérations bancaires, il est vrai qu'aux termes du par. 206(1) de la *Loi sur les banques*, L.R.C. (1985), ch. B-1, une banque n'est pas tenue de veiller à l'exécution d'une fiducie expresse, implicite ou encore judiciaire ou par interprétation à laquelle est assujéti un dépôt. Conformément à cette disposition, une banque n'est pas tenue de surveiller régulièrement les activités de ses clients simplement parce que les fonds déposés par ceux-ci sont sujets à une fiducie créée en vertu d'une loi. Néanmoins, cette disposition n'exonère pas la banque de toute responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation ou n'empêche pas de reconnaître que la banque a le devoir de s'informer. En effet, dans certaines circonstances, une banque sera tenue, du fait qu'elle connaît les affaires de son client, de s'informer de la possibilité qu'il y ait détournement de fonds en fiducie. Comme nous l'avons vu, le degré de connaissance requis est la connaissance présumée d'une possibilité de manquement à une obligation fiduciaire. Il s'ensuit qu'une banque, qui s'enrichit par la réception de biens en fiducie et connaît des faits qui inciteraient une personne raisonnable à demander des renseignements, est tenue de demander à son client des renseignements au sujet de la possibilité qu'il y ait manquement à une obligation fiduciaire. Si la banque omet de demander les renseignements appropriés, elle aura une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire. Dans ces circonstances, il y a enrichissement sans cause de la banque et elle doit donc rendre l'avantage qu'elle a obtenu aux dépens du demandeur.

Les intimées ont soutenu qu'en imposant une responsabilité à un banquier qui n'a qu'une connaissance présumée du manquement à une obliga-

banks, thereby interfering with the proper functioning of the banking system. While this may be true in assistance cases where a banker merely pays out and transfers funds as the trustee's agent, the same argument does not apply to receipt cases where a banker receives the trust funds for his or her own benefit. Professor Harpum addresses this point in "The Stranger as Constructive Trustee" (1986), 102 *L.Q.R.* 114, at p. 138:

Although there should be a reluctance to allow the unnecessary intrusion of "the intricacies and doctrines connected with trusts" into ordinary commercial transactions, considerations of speed and the importance of possession which normally justify the exclusion of these doctrines, are less applicable to a banker who chooses to exercise his right of set-off than they are to other commercial dealings. Where a banker combines accounts, he alone stands to gain from the transaction. Because of that benefit, more should be expected of him than if he gained nothing. [Footnotes omitted.]

In "knowing receipt" cases, therefore, it is justifiable to impose liability on a banker who only has constructive knowledge of a breach of trust.

54

In the present case, it has already been established that the Bank was enriched at Citadel's expense by the receipt of insurance premiums collected by Drive On and subject to a statutory trust in favour of Citadel. The only remaining question is whether the Bank had the requisite degree of knowledge to render the enrichment unjust, thereby entitling the plaintiff insurer to a remedy.

55

On this issue, it is clear from the trial judge's findings that the Bank was aware of the nature of the funds being deposited into, and transferred out of, Drive On's account. On discovery, two of the Bank's employees stated that they knew Drive On's sole source of revenue was the sale of insurance policies. The Bank also knew that premiums collected by Drive On were payable to the plaintiff insurer. The Bank's knowledge of the nature of Drive On's deposits must also be considered in

tion fiduciaire, on impose aux banques un fardeau trop lourd, propre à entraver le bon fonctionnement du système bancaire. Quoique cela puisse être vrai dans les cas d'aide où un banquier ne fait que déboursier et transférer des fonds à titre de mandataire du fiduciaire, le même argument ne s'applique pas aux cas de réception où un banquier reçoit les fonds en fiducie pour son propre profit. Le professeur Harpum aborde cette question dans son article intitulé «The Stranger as Constructive Trustee» (1986), 102 *L.Q.R.* 114, à la p. 138:

[TRADUCTION] Bien qu'on doive hésiter à mêler inutilement «les subtilités et principes liés aux fiducies» aux opérations commerciales ordinaires, les considérations de rapidité et l'importance de la possession qui justifient normalement l'exclusion de ces principes sont moins applicables à un banquier qui choisit d'exercer son droit à la compensation qu'à d'autres opérations commerciales. Quand le banquier regroupe des comptes, il est le seul à en tirer profit. À cause de ce profit, on devrait s'attendre à davantage de sa part que s'il n'avait rien tiré. [Renvois omis.]

Dans les cas de «réception en connaissance de cause», il est donc justifiable d'imposer une responsabilité à un banquier qui n'a que la connaissance présumée d'un manquement à une obligation fiduciaire.

En l'espèce, il a déjà été établi que la banque s'est enrichie aux dépens de La Citadelle en recevant des primes d'assurance perçues par Drive On et sujettes à une fiducie créée en vertu d'une loi, en faveur de La Citadelle. Il reste seulement à décider si la banque avait le degré de connaissance requis pour qu'il y ait enrichissement sans cause, ce qui donnerait ainsi droit à réparation à l'assureur demandeur.

À ce sujet, il ressort clairement des conclusions du juge de première instance que la banque connaissait la nature des fonds qui ont été déposés dans le compte de Drive On, puis transférés ailleurs. Lors de l'interrogatoire préalable, deux des employés de la banque ont déclaré avoir su que la seule source de revenu de Drive On était la vente de polices d'assurance. La banque savait aussi que les primes perçues par Drive On devaient être remises à l'assureur demandeur. La connaissance

conjunction with the activities in Drive On's account. It is recalled that in April 1987 the Bank began transferring funds between the Drive On and International Warranty accounts to cover overdrafts in either account. As well, in June 1987, the Bank was directed to empty the Drive On account on a daily basis, again to facilitate the transfer of funds to the International Warranty account.

In light of the Bank's knowledge of the nature of the funds, the daily emptying of the account was in the trial judge's view "very suspicious". In these circumstances, a reasonable person would have been put on inquiry as to the possible misapplication of the trust funds. Notwithstanding the fact that the exact terms of the trust relationship between Citadel and Drive On may have been unknown to the Bank, the Bank should have taken steps, in the form of reasonable inquiries, to determine whether the insurance premiums were being misapplied. More specifically, the Bank should have inquired whether the use of the premiums to reduce the account overdrafts constituted a breach of trust. By failing to make the appropriate inquiries, the Bank had constructive knowledge of Drive On's breach of trust. In these circumstances, the Bank's enrichment was clearly unjust, thereby rendering it liable to Citadel as a constructive trustee.

I make one additional point regarding the nature of the Bank's liability in the present case. As already established, recipient liability is restitution-based. The imposition of liability as a constructive trustee on the basis of "knowing receipt" is a restitutionary remedy and should not be confused with the right to trace assets at common law or in equity. The principles relating to tracing at law and in equity were thus set out by the English Court of

que la banque avait de la nature des dépôts de Drive On doit aussi être considérée en fonction des opérations effectuées dans le compte de Drive On. On se souviendra qu'en avril 1987 la banque a commencé à transférer des fonds des comptes de Drive On et d'International Warranty pour couvrir les découverts de l'un ou l'autre compte. De même, en juin 1987, la banque a reçu l'ordre de vider chaque jour le compte de Drive On, encore là pour faciliter le virement de fonds au compte d'International Warranty.

Vu que la banque connaissait la nature des fonds, le fait de vider quotidiennement le compte a été jugé [TRADUCTION] «très suspect» par le juge de première instance. Ces circonstances auraient incité une personne raisonnable à s'informer de la possibilité que des fonds soient détournés. Bien qu'il se puisse que la banque ait ignoré les conditions exactes de la relation fiduciaire entre La Citadelle et Drive On, elle aurait dû prendre des mesures, sous la forme d'une demande raisonnable de renseignements, pour déterminer si les primes d'assurance étaient détournées. Plus précisément, la banque aurait dû s'informer si l'utilisation des primes pour réduire les découverts bancaires constituait un manquement à une obligation fiduciaire. En raison de son omission de faire les demandes de renseignements appropriées, la banque avait une connaissance présumée du manquement à une obligation fiduciaire commis par Drive On. Dans ces circonstances, il est évident qu'il y a eu enrichissement sans cause de la banque, ce qui la rend responsable envers La Citadelle à titre de fiduciaire par interprétation.

Je tiens à faire une autre remarque au sujet de la nature de la responsabilité de la banque dans la présente affaire. Il a déjà été établi que la responsabilité de la partie qui reçoit est fondée sur la restitution. L'imposition d'une responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation, qui soit fondée sur la «réception en connaissance de cause», est une réparation selon les règles en matière de restitution et ne doit pas être confondue avec le droit d'exercer un droit de suite en common law ou en *equity*. Les principes relatifs au droit de suite en common law et en *equity* ont été énoncés par la Cour

Appeal in *Agip (Africa) Ltd.*, *supra*, at pp. 463-64 and 466:

Tracing at law does not depend upon the establishment of an initial fiduciary relationship. Liability depends upon receipt by the defendant of the plaintiff's money and the extent of the liability depends on the amount received. Since liability depends upon receipt the fact that a recipient has not retained the asset is irrelevant. For the same reason dishonesty or lack of inquiry on the part of the recipient are irrelevant. Identification in the defendant's hands of the plaintiff's asset is, however, necessary. It must be shown that the money received by the defendant was the money of the plaintiff. Further, the very limited common law remedies make it difficult to follow at law into mixed funds.

. . .

Both common law and equity accepted the right of the true owner to trace his property into the hands of others while it was in an identifiable form. The common law treated property as identified if it had not been mixed with other property. Equity, on the other hand, will follow money into a mixed fund and charge the fund.

58

In my view, a distinction should be made between the imposition of liability in "knowing receipt" cases and the availability of tracing orders at common law and in equity. Liability at common law is strict, flowing from the fact of receipt. Liability in "knowing receipt" cases is not strict; it depends not only on the fact of enrichment (i.e. receipt of trust property) but also on the unjust nature of that enrichment (i.e. the stranger's knowledge of the breach of trust). A tracing order at common law, unlike a restitutionary remedy, is only available in respect of funds which have not lost their identity by becoming part of a mixed fund. Further, the imposition of liability as a constructive trustee is wider than a tracing order in equity. The former is not limited to the defence of purchaser without notice and "does not depend upon the recipient still having the property or its

d'appel anglaise dans l'arrêt *Agip (Africa) Ltd.*, précité, aux pp. 463, 464 et 466:

[TRANSDUCTION] L'exercice du droit de suite en common law ne dépend pas de l'établissement d'une relation fiduciaire initiale. Le défendeur engage sa responsabilité s'il reçoit de l'argent du demandeur et l'étendue de sa responsabilité est fonction de la somme reçue. Comme la responsabilité est fondée sur la réception, le fait que la personne qui a reçu le bien ne l'ait pas conservé n'est pas pertinent. Pour la même raison, la malhonnêteté de la personne qui a reçu le bien ou son omission de s'informer ne sont pas pertinentes. Il est cependant nécessaire que le bien détenu par le défendeur soit identifié comme étant celui du demandeur. Il faut prouver que l'argent reçu par le défendeur était celui du demandeur. De plus, les voies de recours très limitées de la common law rendent difficile l'exercice du droit de suite sur des fonds qui ont été confondus.

. . .

En common law et en *equity*, il était permis au véritable propriétaire d'exercer un droit de suite sur ses biens détenus par autrui tant qu'ils pouvaient être identifiés. En common law, les biens étaient considérés comme identifiables s'ils n'avaient pas été confondus avec d'autres biens. L'*equity*, en revanche, permet d'exercer un droit de suite sur un fonds confondu et de grever ce fonds.

À mon avis, il y a lieu de distinguer l'imposition de la responsabilité dans les cas de «réception en connaissance de cause» et la possibilité d'obtenir une ordonnance visant l'exercice d'un droit de suite en common law ou en *equity*. La responsabilité en common law est stricte et découle du fait qu'il y a eu réception. Dans les cas de «réception en connaissance de cause», la responsabilité n'est pas stricte; elle dépend non seulement du fait qu'il y a eu enrichissement (c'est-à-dire réception de biens en fiducie), mais encore du fait que c'est un enrichissement sans cause (c'est-à-dire la connaissance, par le tiers, du manquement à une obligation fiduciaire). Contrairement à une réparation fondée sur la restitution, l'ordonnance visant l'exercice d'un droit de suite en common law ne peut être obtenue qu'à l'égard de fonds qui n'ont pas cessé d'être identifiables en étant confondus avec d'autres fonds. En outre, l'imposition d'une responsabilité à titre de fiduciaire par interprétation est plus large qu'une ordonnance visant l'exercice

traceable proceeds”; see *In re Montagu’s Settlement Trusts*, *supra*, at p. 276.

Despite these distinctions, there appears to be a common thread running through both “knowing receipt” and tracing cases. That is, constructive knowledge will suffice as the basis for imposing liability on the recipient of misdirected trust funds. Notwithstanding this, it is neither necessary nor desirable to confuse the traditional rules of tracing with the restitutionary principles now applicable to “knowing receipt” cases. This does not mean, however, that a restitutionary remedy and a tracing order are mutually exclusive. Where more than one remedy is available on the facts, the plaintiff should be able to choose the one that is most advantageous. In the present case, the plaintiff did not seek a tracing order. It is therefore unnecessary for me to decide whether such a remedy would have been available on the facts of the present appeal, and I have not explored the issue.

V. Disposition

For these reasons, I would allow Citadel’s appeal with costs and restore the judgment rendered at trial.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — Subject to my reasons in *Gold v. Rosenberg*, [1997] 3 S.C.R. 767, I agree with Justice La Forest.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Duncan & Craig, Edmonton.

Solicitors for the respondents: Cruickshank Karvellas, Edmonton.

d’un droit de suite en *equity*. La première n’est pas limitée au moyen de défense de l’acheteur qui n’a pas reçu d’avis et [TRADUCTION] «ne dépend pas du fait que la personne qui a reçu un bien ait encore en sa possession soit le bien lui-même, soit son produit identifiable»; voir *In re Montagu’s Settlement Trusts*, précité, à la p. 276.

Malgré ces distinctions, il semble qu’un élément commun se dégage des cas de «réception en connaissance de cause» et des cas de droit de suite. C’est que la connaissance présumée suffit pour imposer une responsabilité à la personne qui reçoit des fonds en fiducie qui ont été détournés. Malgré cela, il n’est ni nécessaire ni souhaitable de confondre les règles traditionnelles en matière de droit de suite et les principes de la restitution maintenant applicables aux cas de «réception en connaissance de cause». Cela ne veut toutefois pas dire qu’une réparation fondée sur la restitution et une ordonnance visant l’exercice d’un droit de suite s’excluent mutuellement. Quand les faits permettent d’exercer plus d’un recours, le demandeur doit être en mesure de choisir le plus avantageux. En l’espèce, la demanderesse n’a pas sollicité une ordonnance visant l’exercice d’un droit de suite. Il n’est donc pas nécessaire que je décide si les faits du présent pourvoi auraient permis d’exercer un tel recours, et je n’ai pas examiné la question.

V. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi de La Citadelle, avec dépens, et de rétablir le jugement rendu en première instance.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Sous réserve de mes motifs dans l’arrêt *Gold c. Rosenberg*, [1997] 3 R.C.S. 767, je suis d’accord avec le juge La Forest.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelantes: Duncan & Craig, Edmonton.

Procureurs des intimées: Cruickshank Karvellas, Edmonton.

59

60

61

City of Longueuil *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Michèle Godbout *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec *Mis en cause*

INDEXED AS: GODBOUT V. LONGUEUIL (CITY)

File No.: 24990.

1997: May 28; 1997: October 31.

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

Civil rights — Right to privacy — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether right to choose where to establish one's home falls within scope of right to privacy — Whether residence requirement infringes employee's right to privacy — If so, whether infringement justifiable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1.

Municipal law — Resolution — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether municipal resolution valid — Whether residence requirement infringing "right to privacy" in Quebec Charter and "right to liberty" in Canadian Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Judgments and orders — Rectificatory judgment — Damages — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — Court of Appeal's reasons indicating that no damages were awarded for period

Ville de Longueuil *Appelante/Intimée dans le pourvoi incident*

c.

Michèle Godbout *Intimée/Appelante dans le pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: GODBOUT c. LONGUEUIL (VILLE)

N° du greffe: 24990.

1997: 28 mai; 1997: 31 octobre.

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

Libertés publiques — Droit au respect de la vie privée — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — Le droit de choisir le lieu de sa résidence est-il visé par le droit au respect de la vie privée? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au droit au respect de la vie privée des employés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1.

Droit municipal — Résolution — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — La résolution est-elle valide? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au «droit au respect de [l]a vie privée» garanti par la Charte québécoise et au «droit à la liberté» garanti par la Charte canadienne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Jugements et ordonnances — Jugement rectificatif — Dommages-intérêts — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Motifs de la Cour d'appel indiquant qu'elle

between trial and appeal because they had not been properly quantified — No holding to that effect in formal judgment — Whether Court of Appeal erred in issuing rectificatory judgment.

Civil procedure — Appeal — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — No damages awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — Whether Court of Appeal erred in not permitting employee to introduce evidence at appeal hearing in respect of damages between trial and appeal — Whether Court of Appeal erred in not requesting parties to submit additional argument on that issue — Whether Court of Appeal erred in not remanding issue of damages to Superior Court — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 523.

The appellant city adopted a resolution requiring all new permanent employees to reside within its boundaries. As a condition of obtaining permanent employment as a radio operator for the city police force, the respondent signed a declaration promising that she would establish her principal residence in the city and that she would continue to live there for as long as she remained in the city's employ. The declaration also provided that if she moved out of the city for any reason, she could be terminated without notice. The respondent's position became permanent and, approximately one year later, she moved into a new house she had purchased in a neighbouring municipality. When she refused to move back within the city's limits, her employment was terminated. The Superior Court dismissed the respondent's action for damages and reinstatement, holding that the city's residence requirement did not contravene the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not apply in this case. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, concluding that the residence requirement was invalid mainly because it was contrary to public order. It granted the respondent's request for reinstatement and awarded damages for the financial losses she suffered from the time of her dismissal until the time of trial. The court noted that the damages in respect of the income lost by the respondent during the period between the trial and the appeal ("interim damages") had not been properly quantified and should not

n'octroie pas de dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — Aucune conclusion à ce sujet dans le dispositif du jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rendant un jugement rectificatif?

Procédure civile — Appel — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Aucuns dommages-intérêts octroyés pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne permettant pas à l'employée de présenter, au cours de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires à ce sujet? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne renvoyant pas la question des dommages-intérêts à la Cour supérieure? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 523.

La ville appelante a pris une résolution obligeant tous les nouveaux employés permanents à habiter dans les limites de la municipalité. Pour obtenir sa permanence comme préposée aux télécommunications du service de police, l'intimée a signé une déclaration dans laquelle elle s'engageait à établir sa résidence principale dans les limites de la ville et à y habiter tout le temps qu'elle travaillerait pour celle-ci. La déclaration stipulait également que si elle déménageait de la ville, pour quelque raison que ce soit, elle pourrait être congédiée sans avis. L'intimée a obtenu sa permanence et, environ un an plus tard, elle a acheté une nouvelle maison dans une municipalité voisine et y a emménagé. Elle a été congédiée lorsqu'elle a refusé de s'établir à nouveau dans les limites de la ville. La Cour supérieure a rejeté l'action intentée par l'intimée pour obtenir des dommages-intérêts et pour être réintégrée dans ses fonctions, statuant que l'obligation de résidence ne contrevenait pas à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait pas en l'espèce. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée, concluant que l'obligation de résidence était invalide principalement parce qu'elle était contraire à l'ordre public. Elle a ordonné la réintégration de l'intimée et lui a octroyé des dommages-intérêts pour la perte financière subie entre le moment du congédiement et le procès en première instance. Elle a signalé que, parce que le montant des dommages-intérêts découlant de la perte de revenus subie par l'intimée entre le

be awarded, but no specific holding to this effect was included in the formal judgment. The respondent brought a motion for rectification, asking that the court amend its formal judgment and award the "interim damages". The Court of Appeal granted the motion and amended the formal judgment, but did not accede to the respondent's request to recover the "interim damages". The city appealed on the substantive issues, and the respondent cross-appealed on the damages issue.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed. The city's residence requirement unjustifiably infringes s. 5 of the Quebec *Charter*.

(1) Appeal

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The ambit of s. 32 of the Canadian *Charter* is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those that are formally part of the structure of the federal or provincial governments. As well, under s. 32, particular entities will be subject to *Charter* scrutiny in respect of certain governmental activities they perform, even if the entities themselves cannot accurately be described as "governmental" *per se*. Since municipalities cannot but be described as "governmental entities", they are subject to the Canadian *Charter*. First, municipal councils are democratically elected by members of the general public and are accountable to their constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to the electorates they represent. Second, municipalities possess a general taxing power that, for the purposes of determining whether they can rightfully be described as "government", is indistinguishable from the taxing powers of the Parliament or the provinces. Third, and importantly, municipalities are empowered to make laws, to administer them and to enforce them within a defined territorial jurisdiction. Finally, and most significantly, municipalities derive their existence and law-making authority from the provinces. As the Canadian *Charter* clearly applies to the provincial legislatures and governments, it must also apply to entities upon which they confer governmental powers within their authority. Otherwise, provinces could simply avoid the application of the *Charter* by devolving powers on municipal bodies. Further, since a municipality is governmental in nature, all its activities are subject to *Charter* review. The Cana-

procès et l'appel («dommages-intérêts ultérieurs») n'avait pas été correctement établi, la cour ne pouvait les octroyer. Le dispositif du jugement ne renfermait cependant aucune conclusion explicite à cet effet. L'intimée a présenté une requête en rectification pour demander à la cour de modifier son dispositif et d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs». La cour a fait droit à la requête et modifié le dispositif du jugement, mais elle n'a pas fait droit à la demande de recouvrement de l'intimée concernant les «dommages-intérêts ultérieurs». La ville a formé un pourvoi contre la décision quant au fond et l'intimée a formé un pourvoi incident contre la décision relative aux dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. L'obligation de résidence imposée par la ville contrevient sans justification à l'art. 5 de la *Charte* québécoise.

(1) Pourvoi

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin: L'article 32 de la *Charte* canadienne est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. De même, sous le régime de l'art. 32, des entités données peuvent également être assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme «gouvernementales». Comme on ne peut faire autrement que de voir les municipalités comme des «entités gouvernementales», elles sont assujetties à la *Charte* canadienne. Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Deuxièmement, les municipalités jouissent d'un pouvoir général de taxation qui, pour ce qui est de déterminer si on peut légitimement les considérer comme des entités «gouvernementales», ne se distingue pas des pouvoirs de taxation que le Parlement ou les provinces exercent. Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé. Finalement, et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer. Comme la *Charte* canadienne s'applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s'appliquer aussi aux entités qu'ils investissent

dian *Charter* is therefore applicable to the residence requirement at issue in this case. The particular modality a municipality chooses to adopt in advancing its policies cannot shield its activities from *Charter* scrutiny. All the municipality's powers are derived from statute and all are of a governmental character. An act performed by an entity that is governmental in nature is thus necessarily "governmental" and cannot properly be viewed as "private".

The right to choose where to establish one's home falls within the scope of the liberty interest guaranteed by s. 7 of the Canadian *Charter*. The right to liberty in s. 7 goes beyond the notion of mere freedom from physical constraint and protects within its scope a narrow sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. The autonomy protected by the s. 7 right to liberty, however, encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. Choosing where to establish one's home is a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy and the state ought not to be permitted to interfere in this private decision-making process, absent compelling reasons for doing so. Support for this view is found in the fact that the right to choose where to establish one's home is afforded explicit protection in the *International Covenant on Civil and Political Rights* to which Canada is a party. The respondent's *Charter* claim did not implicate any notion of a constitutional "right to employment" or any other "economic right".

The respondent did not waive her right to choose where to establish her home by signing the residence declaration or by failing to move back within the city's limits. The respondent had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation and, consequently, cannot be taken to have freely given up her right to choose where to live. Similarly, the respondent's attempt to assert her right to choose where to live by refusing to conform with the terms of the residence requirement cannot amount to a renunciation of that right.

de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient éviter tout simplement l'application de la *Charte* en attribuant certains pouvoirs aux municipalités. En outre, puisque les municipalités sont de nature gouvernementale, elles sont assujetties quant à toutes leurs activités à l'application de la *Charte*. La *Charte* canadienne s'applique donc à l'obligation de résidence visée en l'espèce. Les moyens choisis par une municipalité pour donner corps à ses politiques ne peuvent mettre ses activités à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Tous les pouvoirs des municipalités sont d'origine législative et tous revêtent un caractère gouvernemental. L'acte accompli par une entité de nature gouvernementale est nécessairement «gouvernemental» et ne saurait être légitimement considéré comme «privé».

Le droit de choisir le lieu de sa résidence est visé par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Ce droit dépasse la simple notion d'absence de contrainte physique et protège une sphère limitée d'autonomie personnelle dans laquelle les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Toutefois, l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Le choix du lieu de résidence est une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle et l'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer dans ce processus décisionnel privé, à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention. Le fait que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, auquel le Canada a adhéré, protège expressément le droit de choisir le lieu de sa résidence étaye cette opinion. Aucune notion de «droit à l'emploi» constitutionnel ni aucun autre «droit économique» n'interviennent dans l'argument fondé sur la *Charte* invoqué par l'intimée.

L'intimée n'a pas renoncé à son droit de choisir le lieu de sa résidence en signant la déclaration de résidence pas plus qu'elle ne l'a fait en ne redéménageant pas dans les limites de la ville. L'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. De la même façon, la tentative de l'intimée pour affirmer son droit de choisir le lieu où elle veut vivre en refusant de se conformer à l'obligation de résidence n'est pas assimilable à une renonciation à ce droit.

Under s. 7, a deprivation by the state of an individual's right to life, liberty or security of the person will not violate the Canadian *Charter* unless it contravenes the "principles of fundamental justice". Deciding whether the infringement of a s. 7 right is fundamentally just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement. This balancing is both eminently sensible and perfectly consistent with the aim and import of s. 7, since the notion that individual rights may, in some circumstances, be subordinated to substantial and compelling collective interests is itself a basic tenet of our legal system lying at or very near the core of our most deeply rooted juridical convictions. As well, this balancing process will necessarily be contextual, insofar as the particular right asserted, the extent of its infringement, and the state interests implicated in each particular case will depend largely on the facts. Here, the residence requirement infringes the respondent's right to liberty in a manner that does not conform to the principles of fundamental justice. As justifications for the requirement, the city relied upon three "public interests": (1) the maintenance of a high standard of municipal services, (2) the stimulation of local business and municipal taxation revenue, and (3) the need to ensure that workers performing essential public services are physically proximate to their place of work. The first two cannot provide a sufficiently compelling basis upon which to override the respondent's right to decide where she wishes to live. As for the third one, while in certain circumstances a municipality might well be justified in imposing a residence requirement on employees occupying certain essential positions, the residence requirement at issue is too broad to be upheld on that ground since it applies not only to employees whose functions require that they be proximate to their place of work, but also to all permanent employees of the city hired after the municipal resolution was adopted. Moreover, even if the residence requirement were restricted to emergency workers, the respondent would not fall within that class of employees.

There is no need to examine the violation of s. 7 under s. 1 of the Canadian *Charter*, given that all the considerations pertinent to such an inquiry have already been canvassed in the discussion dealing with fundamental justice. Furthermore, a violation of s. 7 will normally only be justified under s. 1 in the most excep-

Aux termes de l'art. 7, une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par l'État ne contrevient à la *Charte* canadienne que s'il y a manquement aux «principes de justice fondamentale». Pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, sopeser d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit. Cette pondération est tout à fait judicieuse et parfaitement compatible avec l'objet et la portée de l'art. 7, car l'idée que les droits individuels puissent, dans certaines circonstances, être subordonnés à des intérêts collectifs réels et impérieux constitue elle-même un précepte fondamental de notre système juridique autour duquel s'articulent nos convictions juridiques les plus profondes. En outre, le processus de pondération sera nécessairement contextuel puisque, chaque fois, le droit particulier qui est revendiqué, la portée de l'atteinte et les intérêts de l'État en jeu dépendront largement des faits. En l'espèce, l'obligation de résidence porte atteinte au droit à la liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La ville invoque trois motifs d'«intérêt public» pour justifier cette obligation: (1) le maintien de services municipaux de haute qualité, (2) la stimulation du commerce local et l'accroissement des revenus fiscaux et (3) la nécessité de s'assurer que les travailleurs fournissant des services publics essentiels soient physiquement à proximité de leur lieu de travail. Les deux premiers ne peuvent constituer un motif suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit de l'intimée de décider où elle souhaite vivre. Quant au troisième, bien que, dans certaines circonstances, une municipalité puisse être justifiée d'imposer une obligation de résidence aux employés occupant certains postes essentiels, l'obligation visée en l'espèce est trop large pour être justifiée en raison de ce motif, car elle ne s'applique pas seulement aux employés dont les fonctions exigent qu'ils habitent à proximité de leur lieu de travail, mais à tous les employés permanents de la municipalité engagés après la prise de la résolution municipale. En outre, même si l'obligation de résidence était limitée aux travailleurs appelés à répondre à des urgences, l'intimée n'entre pas dans cette catégorie d'employés.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la violation de l'art. 7 en fonction de l'article premier de la *Charte* canadienne, étant donné que l'analyse relative à la justice fondamentale a permis de passer en revue toutes les considérations pertinentes à cet égard. En outre, si tant est qu'une violation de l'art. 7 soit justifiable en vertu de

tional of circumstances, if at all. Such circumstances do not exist here.

The residence requirement also infringed s. 5 of the Quebec *Charter* by depriving the respondent of the ability to choose where to establish her home. Section 5 protects, among other things, the right to take fundamentally personal decisions free from unjustified external interference. The scope of decisions falling within the sphere of autonomy protected by s. 5 is limited to those choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature. The right to be free from unjustified interference in making the decision as to where to establish and maintain one's home falls squarely within the scope of the Quebec *Charter's* guarantee of "respect for [one's] private life". Since the residence requirement imposed by the city essentially precluded the respondent from making that choice freely, it violates s. 5. Further, for the reasons given in relation to waiver under the Canadian *Charter*, the respondent did not waive her right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*.

Section 9.1 of the Quebec *Charter*, assuming that it properly applies here, is to be interpreted and applied in the same manner as s. 1 of the Canadian *Charter*. Thus, the party seeking to justify a limitation on a plaintiff's Quebec *Charter* rights under s. 9.1 must bear the burden of proving both that such a limitation is imposed in furtherance of a legitimate and substantial objective and that the limitation is proportional to the end sought, inasmuch as (a) it is rationally connected to that end, and (b) the right is impaired as little as possible. Essentially for the reasons given in the discussion of fundamental justice in the context of s. 7 of the Canadian *Charter*, the first two objectives suggested by the city as the basis for imposing the residence requirement at issue are not so significant or pressing as to justify overriding the respondent's s. 5 right. As regards the third objective, it cannot be concluded that the very broad residence requirement at issue is either rationally connected to the end sought to be achieved, or that it is proportional to it. Moreover, the specific evidence advanced by the city in respect of the justifications it offered was scant and is incapable of permitting the city to discharge its burden of proof. The infringement of the respondent's s. 5 right is thus not justified under s. 9.1.

Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: For the reasons given by La Forest J., the city's resolution requiring its employees to reside within its boundaries was invalid because it unjustifiably violated s. 5 of the Quebec

l'article premier, elle ne l'est, normalement, que dans des circonstances exceptionnelles. Ces circonstances sont inexistantes en l'espèce.

L'obligation de résidence, en privant l'intimée de la faculté de choisir son lieu de résidence, enfreint également l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Cette disposition protège notamment le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe induue. La portée des décisions relevant de la sphère d'autonomie protégée par l'art. 5 est limitée aux choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle. Le droit de décider sans intervention injustifiée de l'endroit où établir et maintenir sa résidence est clairement visé par la garantie du droit au «respect de [l]a vie privée» énoncée par la *Charte* québécoise. Comme l'obligation de résidence imposée par la ville a essentiellement empêché l'intimée de faire ce choix librement, elle contrevient à l'art. 5. De plus, pour les raisons exposées relativement à la renonciation à un droit prévu par la *Charte* canadienne, l'intimée n'a pas renoncé au droit au respect de la vie privée prévu par l'art. 5 de la *Charte* québécoise.

En supposant que l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise s'applique bien en l'espèce, il doit être interprété et appliqué de la même manière que l'article premier de la *Charte* canadienne. La partie qui l'invoque pour tenter de justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte* québécoise a donc la charge de prouver que cette limite est imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit est minimale. Essentiellement pour les raisons exposées relativement à la notion de justice fondamentale dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, les deux premiers objectifs sur lesquels la ville dit fonder l'obligation de résidence imposée en l'espèce ne sont pas assez importants ou urgents pour justifier l'atteinte au droit de l'intimée garanti par l'art. 5. Quant au troisième objectif, on ne peut conclure que l'obligation de résidence extrêmement étendue qui est en cause ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi ni qu'elle lui soit proportionnelle. De plus, les éléments de preuve particuliers présentés par la ville à l'appui des justifications invoquées sont insuffisants et ne lui permettent pas de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. L'atteinte au droit garanti par l'art. 5 n'a donc pas été justifiée en vertu de l'art. 9.1.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: Pour les motifs exposés par le juge La Forest, la résolution de la ville exigeant que ses employés résident dans ses limites territoriales n'était pas valable parce qu'elle portait

Charter. The infringement of s. 5 provides a good and sufficient basis for dismissing this appeal and there is thus no need to consider the application of s. 7 of the Canadian *Charter*. The application of s. 7 may have a significant effect upon municipalities and, before reaching a conclusion on an issue that need not be considered in determining the appeal, it would be preferable to hear further argument with regard to it, including the submissions of interested parties and intervening Attorneys General.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major J.J.: The city's residence requirement infringes the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter* and is not justified under s. 9.1. This is sufficient to dispose of the appeal. It is unnecessary and perhaps imprudent to consider whether the residence requirement infringes s. 7 of the Canadian *Charter* in the absence of submissions from interested parties.

Section 5 of the Quebec *Charter* protects an employee's decision where to live as an aspect of his or her right to privacy. A municipality that seeks to uphold a residence requirement that infringes that section under s. 9.1 of the Quebec *Charter* must demonstrate that the requirement is imposed to advance a legitimate and substantial objective, and that the requirement is proportional to this objective, in that it is both rationally connected to the objective and constitutes a minimal impairment of the right protected by s. 5. These criteria must be applied flexibly and in a manner that is sensitive to the particular context and factual circumstances of each case. The objectives of improving the quality of services by fostering loyalty, of supporting the local economy, and of ensuring that certain essential employees be readily available are often invoked by municipalities to support a residence requirement. Under s. 9.1, these objectives may, depending on the circumstances of a case, be sufficiently compelling to justify an infringement of the employee's right to privacy. In the particular circumstances of this case, however, none of these objectives were sufficiently compelling to justify such an infringement.

(2) *Cross-appeal*

The issuance of the rectificatory judgment did not amount to re-examining a matter that was already *res*

atteinte de façon injustifiable à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. La violation de l'art. 5 constitue un motif suffisant pour rejeter le présent pourvoi et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'art. 7 de la *Charte* canadienne. L'application de l'art. 7 peut avoir un effet considérable sur les municipalités et, avant de parvenir à une conclusion à l'égard d'une question qui n'a pas à être examinée pour déterminer l'issue du pourvoi, il serait préférable d'entendre d'autres arguments sur cette question, y compris les observations des parties concernées et des procureurs généraux intervenants.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: L'obligation de résidence imposée par la ville porte atteinte au droit au respect de la vie privée reconnu à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte* québécoise et n'est pas justifiée par l'art. 9.1. C'est suffisant pour statuer sur le pourvoi. Il est inutile et peut-être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* canadienne en l'absence d'observations des parties intéressées.

L'article 5 de la *Charte* québécoise protège la décision d'un employé quant au choix de son lieu de résidence parce que cette décision relève du droit au respect de la vie privée. La municipalité qui cherche à maintenir une obligation de résidence portant atteinte à l'art. 5 en invoquant l'art. 9.1 doit démontrer que l'obligation est imposée pour réaliser un objectif légitime et important, et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit protégé par l'art. 5 est minimale. Ces critères doivent être appliqués avec souplesse et d'une manière adaptée au contexte particulier et aux circonstances factuelles de chaque espèce. Les objectifs consistant à améliorer la qualité des services en encourageant la loyauté, à stimuler l'économie locale et à garantir que certains employés fournissant des services essentiels sont rapidement prêts à travailler, sont souvent invoqués par les municipalités à l'appui d'obligations de résidence. Sous le régime de l'art. 9.1, ces objectifs peuvent, tout dépendant des faits, être suffisamment impérieux pour justifier une atteinte au droit des employés au respect de leur vie privée. Dans les circonstances particulières de l'espèce, toutefois, aucun des objectifs mentionnés n'est suffisamment impérieux pour justifier une telle atteinte.

(2) *Pourvoi incident*

Le jugement rectificatif n'a pas statué de nouveau sur une chose jugée. La Cour d'appel tentait tout au plus de

judicata. The reasons of the rectificatory judgment constituted nothing more than an attempt by the Court of Appeal to formalize with precision the conclusion it had reached in its previous judgment. Moreover, the issuance of the rectificatory judgment did not have any detrimental effect on the city's legal position. The phrase "without prejudice to any of the [respondent's] rights or remedies arising from this judgment" did not confer upon her a right to pursue further recourses to recover the "interim damages", but confirmed that in formalizing its refusal to award the "interim damages", the Court of Appeal did not want to be taken as having altered any findings it had made in its previous judgment.

The Court of Appeal's refusal to permit the respondent to introduce evidence with respect to the quantum of the "interim damages" during the oral hearing itself did not constitute reversible error. To allow this evidence to be introduced at that stage would not have given the city ample opportunity to verify the figures the respondent claimed represented her losses. Moreover, under art. 199 *C.C.P.*, the respondent could have presented evidence in respect of the "interim damages" claim not only as part of the appeal itself but also at any time before judgment. No attempt to quantify the "interim damages" in accordance with the appropriate procedure was made. The Court of Appeal's refusal to grant the "interim damages" was thus not based on some procedural error on its part. Rather, it was based on the fact that no evidence as to quantum had ever been properly placed before it.

Finally, the Court of Appeal did not err in failing to request that the parties submit additional argument in respect of the "interim damages" claim, or to remand the matter to the Superior Court. Article 523 *C.C.P.* confers a discretion on the Court of Appeal to act in the interests of justice and to make whatever orders it deems necessary in order to safeguard the rights of the parties. Here, the Court of Appeal simply chose not to exercise that discretion. Given the clear opportunities the respondent had to present evidence in respect of her "interim damages", this Court should not interfere with that decision.

préciser formellement la conclusion à laquelle elle était parvenue dans son jugement antérieur. En outre, le jugement rectificatif n'a eu aucun effet préjudiciable sur la position juridique de la ville. Les mots «tout en réservant à l'[intimée] tous ses droits et recours découlant du présent arrêt» ne donnaient pas à celle-ci le droit de rechercher le recouvrement des «dommages-intérêts ultérieurs» par d'autres voies de recours, mais confirmaient que la Cour d'appel, en exprimant formellement son refus d'octroyer des «dommages-intérêts ultérieurs», ne voulait pas donner à penser qu'elle modifiait les conclusions formulées dans son jugement antérieur.

Le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les «dommages-intérêts ultérieurs» pendant l'audition de l'appel lui-même ne constituait pas une erreur justifiant infirmation. Si la présentation de cette preuve avait été autorisée à ce stade, la ville n'aurait pas disposé d'assez de temps pour vérifier les chiffres présentés par l'intimée comme le montant de la perte subie. En outre, en application de l'art. 199 *C.p.c.*, la présentation de la preuve relative aux «dommages-intérêts ultérieurs» aurait pu se faire non seulement au cours de l'appel lui-même, mais aussi à tout moment avant le prononcé du jugement. L'intimée n'a pas tenté d'établir le montant des «dommages-intérêts ultérieurs» conformément aux règles applicables. Le refus de la Cour d'appel d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs» ne découlait donc pas d'une erreur procédurale de sa part. Il reposait tout simplement sur le fait qu'aucun élément de preuve relatif au montant de ceux-ci ne lui avait été régulièrement présenté.

Finalement, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires relativement à la demande de «dommages-intérêts ultérieurs» ou en ne renvoyant pas la question à la Cour supérieure. L'article 523 *C.p.c.* confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle exerce dans l'intérêt de la justice et qui lui permet de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour préserver les droits des parties. En l'espèce, la Cour d'appel a simplement choisi de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire. Compte tenu du fait que l'intimée avait clairement la possibilité de présenter des éléments de preuve au sujet des «dommages-intérêts ultérieurs», notre Cour ne devrait pas modifier cette décision.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **not followed:** *Ector v. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973); *Kennedy v. City of Newark*, 148 A.2d 473 (1959); *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976); **referred to:** *McDermott v. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Halifax (City of) v. Read*, [1928] S.C.R. 605; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 v. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* denied, 424 U.S. 977 (1976); *Detroit Police Officers Ass'n v. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appeal dismissed for want of substantial federal question, 405 U.S. 950 (1972); *Hanson v. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (1973); *Andre v. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (1977);

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **arrêts non suivis:** *Ector c. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973); *Kennedy c. City of Newark*, 148 A.2d 473 (1959); *McCarthy c. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976); **arrêts mentionnés:** *McDermott c. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Halifax (City of) c. Read*, [1928] R.C.S. 605; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 c. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* refusé, 424 U.S. 977 (1976); *Detroit Police Officers Ass'n c. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appel rejeté en raison de l'absence d'une importante question de nature fédérale, 405 U.S. 950 (1972); *Hanson c. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte*

Salem Blue Collar Workers Ass'n v. City of Salem, 33 F.3d 265 (1994); *Donnelly v. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971); *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Reid v. Belzile*, [1980] C.S. 717; *Centre local de services communautaires de l'Érable v. Lambert*, [1981] C.S. 1077; *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570; *The Gazette (Division Southam Inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299.

By Cory J.

Applied: *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **referred to:** *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

By Major J.

Referred to: *Ford v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the charter of the city of Longueuil, S.Q. 1982, c. 81, art. 3 [amending the *Cities and Towns Act* for the city of Longueuil by replacing s. 52 and adding ss. 52.1 to 52.14].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15, 32(1).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1 [am. 1982, c. 61, s. 1], 3, 5, 6, 9.1 [ad. *idem*, s. 2], 10 [am. *idem*, s. 3].
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1379, 1437.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 199, 523 [am. 1985, c. 29, s. 11].
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 12(1).
Police Act, R.S.Q., c. P-13, s. 65(d).

Authors Cited

Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal: Thémis, 1989, 71.

County, Kan., 364 F. Supp. 330 (1973); *Andre c. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (1977); *Salem Blue Collar Workers Ass'n c. City of Salem*, 33 F.3d 265 (1994); *Donnelly c. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971); *Frenette c. Métropolitaine (La)*, *Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Reid c. Belzile*, [1980] C.S. 717; *Centre local de services communautaires de l'Érable c. Lambert*, [1981] C.S. 1077; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **arrêt mentionné:** *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

Citée par le juge Major

Arrêt mentionné: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 32(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 [mod. 1982, ch. 61, art. 1], 3, 5, 6, 9.1 [aj. *idem*, art. 2], 10 [mod. *idem*, art. 3].
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1379, 1437.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 199, 523 [mod. 1985, ch. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422].
Loi de police, L.R.Q., ch. P-13, art. 65d).
Loi modifiant la charte de la Ville de Longueuil, L.Q. 1982, ch. 81, art. 3 [modifiant la *Loi sur les cités et villes* pour la Ville de Longueuil en remplaçant l'art. 52 et en ajoutant les art. 52.1 à 52.14].
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 n° 47, Art. 12(1).

Doctrine citée

Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal: Thémis, 1989, 71.

Hampton, Thomas A. "An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements" (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195.

Lefebvre, Brigitte. "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec". Dans *Développements récents en droit civil (1994)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.

Molinari, Patrick A., et Pierre Trudel. "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications". Dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 197.

Myers, Ross S. "The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look" (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24.

Note. "Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection" (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Singleton, Thomas J. "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] Q.J. Nos. 686 and 874 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. Appeal and cross-appeal dismissed.

Jean-Jacques Rainville and Réjean Rioux, for the appellant/respondent on cross-appeal.

France Saint-Laurent and Richard Bertrand, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Isabelle Harnois, for the *mis en cause*.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. were delivered by

1

MAJOR J. — I have read the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Cory and I agree with Cory J. that the appeal should be dismissed on the basis that the residence requirement imposed by the appellant infringes the respondent's right to privacy under s. 5 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and is not justified under s. 9.1. This is suffi-

Hampton, Thomas A. «An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements» (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195.

Lefebvre, Brigitte. «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec». Dans *Développements récents en droit civil (1994)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.

Molinari, Patrick A., et Pierre Trudel. «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications». Dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 197.

Myers, Ross S. «The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look» (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24.

Note. «Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection» (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Singleton, Thomas J. «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter» (1995), 74 *R. du B. can.* 446.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] A.Q. nos 686 et 874 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Jean-Jacques Rainville et Réjean Rioux, pour l'appelante/intimée dans le pourvoi incident.

France Saint-Laurent et Richard Bertrand, pour l'intimée/appelante dans le pourvoi incident.

Isabelle Harnois, pour le *mis en cause*.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — J'ai lu les motifs de mes collègues le juge La Forest et le juge Cory, et je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que le pourvoi devrait être rejeté parce que l'obligation de résidence imposée par l'appelante porte atteinte au droit au respect de la vie privée reconnu à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et

cient to dispose of the appeal. With respect to those of my colleagues who hold the contrary view, I agree with Cory J. that it is unnecessary and perhaps imprudent to consider whether the residence requirement infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the absence of submissions from interested parties and I too express no opinion on this issue.

Like Cory J., I agree with La Forest J. that s. 5 of the Quebec *Charter* protects the respondent's decision where to live as an aspect of her right to privacy, and that the residence requirement in this appeal is not justified under s. 9.1. I do not agree that the scope for justification of conditions of employment by municipalities should be as limited as that outlined by my colleagues.

This Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 770, that s. 9.1 of the Quebec *Charter* is a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it is to be interpreted and applied in the same manner. Therefore, a municipality that seeks to uphold a residence requirement that infringes s. 5 under s. 9.1 must demonstrate that the requirement is imposed to advance a legitimate and substantial objective, and that the requirement is proportional to this objective, in that it is both rationally connected to the objective and constitutes a minimal impairment of the right protected by s. 5.

These criteria must be applied flexibly and in a manner that is sensitive to the particular context and factual circumstances of each case. An objective which is sufficiently compelling in one case may not meet the standard in a different context. A particular residence requirement may be proportional to a stated objective in one context but not in another. In particular, whether an objective is sufficiently compelling and whether a residence requirement is proportional to this objective will depend on a number of factors, including the nature of the objective, the duties of the affected

n'est pas justifiée par l'art. 9.1. C'est suffisant pour statuer sur le pourvoi. Sauf le respect que je dois à mes collègues qui pensent le contraire, je conviens avec le juge Cory qu'il est inutile et peut-être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'absence d'observations des parties intéressées, et je m'abstiens aussi de me prononcer sur cette question.

Comme le juge Cory, je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que l'art. 5 de la *Charte québécoise* protège le choix d'un lieu de résidence par l'intimée parce que cette décision relève du droit au respect de la vie privée, et que l'obligation de résidence visée par le présent pourvoi n'est pas justifiée par l'art. 9.1. En revanche, j'estime que la justification des conditions d'emploi fixées par les municipalités ne devrait pas être aussi restreinte que l'ont indiqué mes collègues.

Notre Cour a statué dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770, que l'art. 9.1 de la *Charte québécoise* est une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte canadienne* et doit être interprété et appliqué de la même manière. Par conséquent, la municipalité qui cherche à maintenir une obligation de résidence portant atteinte à l'art. 5 en invoquant l'art. 9.1 doit démontrer que l'obligation est imposée pour réaliser un objectif légitime et important, et que l'obligation est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit protégé par l'art. 5 est minimale.

Ces critères doivent être appliqués avec souplesse et d'une manière adaptée au contexte particulier et aux circonstances factuelles de chaque espèce. Il se peut qu'un objectif suffisamment impérieux dans un cas ne respecte pas la norme dans un contexte différent. Une obligation de résidence particulière peut être proportionnelle à un objectif déclaré dans un contexte, mais pas dans un autre. En particulier, les questions de savoir si un objectif est suffisamment impérieux et si une obligation de résidence est proportionnelle à cet objectif seront fonction d'un certain nombre de facteurs,

2

3

4

employee, the scope and duration of the residence requirement, and the size, population and characteristics of the municipality.

5 Broadly speaking, there appear to be three objectives which municipalities seek to advance by requiring municipal employees to reside within their boundaries. It may be useful to provide a brief outline of the circumstances in which an objective may be sufficiently compelling and a residence requirement may be sufficiently proportional to this objective to meet the standard imposed by s. 9.1.

6 The first objective invoked is improving the job performance of municipal employees and therefore the quality of the services they provide to residents. It is stated that the performance of municipal employees will be enhanced by requiring them to reside within the municipality for several reasons. One, as residents they will be better acquainted with the community's problems and needs. Also, as residents they will have a greater personal stake in the welfare of the community, and thereby a greater incentive to perform. Similarly, requiring municipal employees to reside within the community will instil in them a greater sense of pride, commitment and loyalty. Finally, requiring municipal employees to be residents promotes their identity within the community, which in turn bolsters the confidence of residents in their local government.

7 La Forest J. concludes that the objective of improving the quality of services by fostering greater loyalty will never be sufficiently compelling to justify a residence requirement under s. 9.1. With respect, I disagree.

8 In my opinion there can be cases in which this objective will be sufficient. It will depend on the circumstances. In this regard, several factors are relevant. An important consideration is the nature of the affected employee's duties. Fostering a sense of loyalty is more important for high level

dont la nature de l'objectif, les fonctions exercées par l'employé touché, l'étendue et la durée de l'obligation de résidence, et la taille, la population et les caractéristiques de la municipalité.

En gros, il paraît y avoir trois objectifs que les municipalités cherchent à atteindre en obligeant les employés municipaux à résider dans les limites de leur territoire. Il peut être utile de donner un aperçu des circonstances dans lesquelles un objectif peut être suffisamment impérieux et une obligation de résidence suffisamment proportionnelle à cet objectif pour respecter la norme imposée par l'art. 9.1.

Le premier objectif invoqué est l'amélioration du rendement des employés municipaux et, par conséquent, de la qualité des services qu'ils fournissent aux résidents. Selon l'appelante, les employés municipaux auront un meilleur rendement si on les oblige à résider dans les limites de la municipalité pour plusieurs raisons. D'abord, ils seront mieux renseignés sur les problèmes et les besoins de la collectivité. Ensuite, ils auront un plus grand intérêt personnel pour le bien-être de la collectivité et, par le fait même, seront plus motivés dans leur travail. De même, l'obligation faite aux employés municipaux de résider dans les limites de la collectivité leur insufflera plus de fierté, d'ardeur au travail et de loyauté. Enfin, l'obligation de résidence à laquelle sont tenus les employés municipaux contribue à établir leur identité au sein de la collectivité, et ce facteur renforce à son tour la confiance des résidents dans l'administration municipale.

Le juge La Forest conclut que l'objectif consistant à améliorer la qualité des services en encourageant une plus grande loyauté ne sera jamais assez impérieux pour justifier une obligation de résidence en vertu de l'art. 9.1. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Selon moi, il peut y avoir des situations dans lesquelles cet objectif sera suffisant. Cela dépendra des circonstances. À cet égard, plusieurs facteurs sont pertinents. La nature des fonctions exercées par l'employé visé est un facteur important. Il est plus important d'encourager la loyauté des fonc-

officials charged with making policy decisions, such as the mayor or municipal councillors, than for support staff or routine labour. It seems reasonable to require those who make policy decisions affecting a community to reside within that community. Other factors to consider include the size, population and characteristics of the community. This objective is more compelling in a small town or a rural area where municipal employees are more easily identifiable by other residents than in the anonymity of a large city.

La Forest J. concludes that, even if the objective of improving the quality of services were sufficiently compelling, it is unclear whether requiring employees to reside within the municipality would achieve this goal. In short, he doubts whether there is a rational connection between improving the quality of services and a residence requirement. He also concludes that a residence requirement will never be the least intrusive means of achieving this objective. With respect, I do not think that necessarily follows and doubt that such a proposition can be conclusively stated. The facts surrounding the residency requirement will determine the result. The vagaries of life and particularly those of municipalities preclude such a generalization.

The objective of improving services and fostering loyalty by residential requirements suffers in this case from a lack of compelling evidence. The respondent was employed as a radio operator for the Longueuil police force. Given her duties, it is unlikely that requiring her to live within the City of Longueuil would improve the quality of her work or instil a greater pride among its residents. Furthermore, the City of Longueuil is an urban municipality with a sizeable population within the metropolitan region of Montreal. The boundaries of urban municipalities such as the City of Longueuil are not clearly identifiable, as one municipality overlaps the other. It is highly unlikely that a municipal employee in the respon-

tionnaires de haut niveau qui sont chargés de prendre des décisions stratégiques, comme le maire ou les conseillers municipaux, que des employés de soutien ou du personnel accomplissant des tâches courantes. Il semble raisonnable d'obliger les personnes qui prennent des décisions stratégiques touchant une collectivité à résider dans cette collectivité. La taille, la population et les caractéristiques de la collectivité sont d'autres facteurs à prendre en considération. Cet objectif est plus impérieux dans une petite ville ou une région rurale où les employés municipaux sont plus facilement reconnaissables que dans l'anonymat d'une grande ville.

Le juge La Forest conclut que, même si l'objectif consistant à améliorer la qualité des services était suffisamment impérieux, on ne sait pas encore très bien si le fait d'obliger les employés à résider dans les limites de la municipalité permettrait d'atteindre cet objectif. Bref, le juge La Forest doute qu'il existe un lien rationnel entre l'amélioration de la qualité des services et l'obligation de résidence. Il conclut en outre que l'obligation de résidence ne sera jamais le moyen le moins attentatoire de réaliser cet objectif. Avec égards, je ne pense pas que ce soit là une conséquence nécessaire et je doute qu'on puisse faire pareille affirmation d'une façon catégorique. Les faits se rapportant à l'obligation de résidence détermineront le résultat. Les impondérables de la vie et particulièrement ceux des municipalités empêchent de faire une telle généralisation.

Le problème en l'espèce c'est qu'aucun élément de preuve convaincant n'appuie l'objectif consistant à améliorer les services et à encourager la loyauté au moyen d'une obligation de résidence. L'intimée travaillait comme préposée aux télécommunications pour le service de police de Longueuil. Vu ses fonctions, il est peu probable que le fait de l'obliger à vivre dans les limites de la ville de Longueuil améliorerait la qualité de son travail ou inspirerait plus de fierté aux résidents. Au surplus, la ville de Longueuil est une municipalité urbaine ayant une population assez considérable et située dans la région métropolitaine de Montréal. Les limites de municipalités urbaines comme la ville de Longueuil ne sont pas nettement recon-

dent's position would be identifiable to members of the local community.

11

The second objective often invoked to justify a requirement that municipal employees live within the municipality is that of supporting the local economy. Municipal employees who reside within the municipality will contribute to the local economy as consumers and to the local municipal tax base either directly as taxpayers, or indirectly as tenants. In some measure, the taxpayers of the municipality will witness some of their taxes being returned to the benefit of the community. *La Forest J.* concludes that this will never be a sufficiently compelling objective to justify an infringement of s. 5 under s. 9.1. I disagree. The sensitivity of the community to this conclusion will also be a question of fact. There may be cases where this objective, on the facts, will be sufficiently important to justify an infringement of s. 5. Economic concerns and employee recognition may be of greater importance in a small town or rural community than in a large city. This objective was not supported by any evidence to give it a compelling quality in this case.

12

The third and final objective which is invoked to justify the imposition of a residence requirement is that of ensuring that certain employees who provide essential services are readily available. Again, whether this objective is sufficiently compelling will depend on the particular circumstances of the case. An important factor to consider is the nature of the duties of the affected employee. This objective will be sufficiently compelling for emergency personnel, such as police officers, firefighters and ambulance personnel, given the obvious importance of ensuring that they are able to respond promptly in times of urgent need. It also seems clear that requiring these employees to live within the municipality is rationally connected to the objective of ensuring they are readily available. It

naissables vu le chevauchement des municipalités. Il est très improbable que des membres de la collectivité locale reconnaissent un employé municipal occupant un poste comme celui de l'intimée.

La stimulation de l'économie locale est le deuxième objectif souvent invoqué pour justifier l'obligation faite aux employés municipaux de vivre dans les limites de la municipalité. Les employés municipaux qui résident dans la municipalité contribuent à l'économie locale en tant que consommateurs et à l'assiette fiscale municipale soit directement en tant que contribuables soit indirectement en tant que locataires. Dans une certaine mesure, les contribuables de la municipalité verront le retour d'une partie de leurs impôts au bénéfice de la collectivité. Le juge *La Forest* conclut qu'il ne s'agira jamais d'un objectif suffisamment impérieux pour justifier une atteinte à l'art. 5 en vertu de l'art. 9.1. Je ne partage pas cette opinion. La sensibilité de la collectivité à cette conclusion sera également une question de fait. Il peut y avoir des cas dans lesquels cet objectif, eu égard aux faits, sera suffisamment important pour justifier une atteinte à l'art. 5. Des considérations économiques et la reconnaissance des employés peuvent avoir plus d'importance dans une petite ville ou une collectivité rurale que dans une grande ville. En l'espèce, cet objectif n'était appuyé par aucun élément de preuve lui donnant un caractère impérieux.

Le troisième et dernier objectif invoqué pour justifier l'imposition de l'obligation de résidence est celui qui consiste à garantir que certains employés fournissant des services essentiels sont rapidement disponibles. Une fois de plus, la question de savoir si cet objectif est suffisamment impérieux sera fonction des circonstances particulières de l'espèce. La nature des fonctions de l'employé visé est un facteur important à prendre en considération. Cet objectif sera suffisamment impérieux dans le cas du personnel affecté aux urgences comme les policiers, les pompiers et le personnel d'ambulance vu l'importance manifeste de garantir qu'ils sont en mesure de réagir promptement en cas de besoin urgent. Il semble également évident qu'il existe un lien rationnel entre

is impossible to speculate with accuracy, as even this requirement may not be the least intrusive means of achieving this objective as it may be obtained by simply requiring employees to live within a certain distance. This illustrates the need to support the objective with persuasive evidence.

I agree with La Forest J. that the evidence was insufficient to justify the residence requirement that was imposed on the respondent in this case on the basis of this third objective. As he points out, the residence requirement was imposed on all of the appellant's permanent employees. In view of the respondent's employment as a radio operator for the police force, and the absence of a justification for the residency requirement, the requirement in these circumstances is unreasonable.

In the particular circumstances of this case, none of the objectives referred to are sufficiently compelling to justify the infringement of the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*, and I would dismiss the appeal.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

LA FOREST J. — In modern times, the ability of individuals to make decisions free from unwelcome external interference is increasingly under pressure. Whether that pressure finds its roots in changing patterns of social organization, in technological advancements, in governmental action, or in some other source, its net effect has largely been to whittle down the scope of personal freedom. While the exigencies of community life clearly preclude the possibility that individuals could ever be guaranteed an untrammelled right to do as they please, the basic ability to make fundamentally private choices unfettered by undesired restrictions demands protection under law, such that it can only be overridden where other pressing concerns

l'obligation qui est faite à ces employés de résider dans les limites de la municipalité et l'objectif visant à garantir qu'ils sont rapidement disponibles. Il est impossible d'émettre des hypothèses précises, étant donné que même cette obligation peut ne pas être le moyen le moins attentatoire d'atteindre cet objectif, vu qu'on peut le réaliser simplement en obligeant les employés à vivre à une certaine distance. Cet exemple montre qu'il faut présenter des éléments de preuve convaincants au soutien de cet objectif.

Je conviens avec le juge La Forest que la preuve était insuffisante pour justifier l'obligation de résidence qui a été imposée à l'intimée en l'espèce sur la base de ce troisième objectif. Comme le juge La Forest le fait remarquer, l'obligation de résidence a été imposée à tous les employés permanents de l'appelante. Comme l'intimée travaillait à titre de préposée aux télécommunications pour le service de police et vu l'absence d'une justification de l'obligation de résidence, cette obligation est abusive dans les circonstances.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, aucun des objectifs mentionnés n'est suffisamment impérieux pour justifier l'atteinte au droit au respect de la vie privée garanti à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte* québécoise, et je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE LA FOREST — À notre époque, la faculté de prendre des décisions sans intervention extérieure malvenue se heurte de plus en plus à des contraintes. Que cette situation découle de la modification de l'organisation sociale, du progrès technologique, de l'action gouvernementale ou d'une autre cause, elle a principalement comme effet de restreindre le champ des libertés individuelles. Bien que les exigences de la vie en société s'opposent, bien sûr, à ce que soit garanti à chacun le droit absolu d'agir comme bon lui semble, la faculté fondamentale des individus de faire des choix essentiellement privés sans subir de restrictions inopportunes commande la protection de la loi, de manière que seules des considérations

13

14

15

so dictate. The central issue raised in this appeal is whether the choice of where to establish one's home falls within that narrow sphere of personal decision-making deserving of the law's protection and whether, even if it does, other important considerations might nevertheless take precedence over it. More specifically, the appeal raises the question whether, on pain of termination, the appellant municipality can legitimately require all its permanent employees — including the respondent — to live within the territorial limits of the city and to maintain their homes there for the duration of their employment. The main appeal also raises a threshold issue concerning the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to municipalities. The cross-appeal concerns whether, for procedural reasons, the respondent is precluded from recovering a portion of the damages she suffered after being dismissed by the appellant for failing to abide by the terms of the residence requirement.

I. Facts

16

The respondent, Michèle Godbout, was hired by the appellant municipality, the City of Longueuil, as a short-term employee on June 7, 1985. She initially held a position as an archivist, but later assumed a post as a radio operator for the Longueuil police force. As a condition of obtaining permanent employment, Ms. Godbout was required on February 17, 1986 to sign a declaration promising that she would establish her principal residence in Longueuil and that she would continue to live there for as long as she remained in the appellant's employ. The declaration also provided that if she moved out of Longueuil for any reason, she could be dismissed without notice. The document signed by Ms. Godbout read as follows:

[TRANSLATION]

DECLARATION OF PLACE OF ORDINARY RESIDENCE

I hereby undertake to establish my ordinary residence on the territory and within the limits of the City of Longueuil within a maximum of sixteen (16) months from the date on which I am hired.

importantes puissent faire obstacle à son exercice. La question cruciale que soulève le présent pourvoi est de savoir si cette sphère limitée d'indépendance décisionnelle méritant protection juridique comprend le choix d'un lieu pour établir sa demeure et, dans l'affirmative, si d'autres considérations importantes pourraient néanmoins avoir préséance. Plus particulièrement, la Cour doit déterminer si la municipalité appelante peut légitimement obliger, sous peine de congédiement, ses employés permanents — y compris l'intimée — à vivre dans les limites territoriales de la ville et à y demeurer pendant toute la durée de leur emploi. Le pourvoi principal soulève en outre la question préliminaire de l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux municipalités. Quant au pourvoi incident, il porte sur la question de savoir si des motifs d'ordre procédural s'opposent à ce que l'intimée puisse être indemnisée d'une partie du préjudice qu'elle a subi après avoir été congédiée par l'appelante pour ne pas s'être conformée à l'obligation de résidence.

I. Les faits

L'intimée, M^{me} Michèle Godbout, a été embauchée par la municipalité appelante, la ville de Longueuil, comme employée auxiliaire, le 7 juin 1985. Elle a d'abord occupé un poste d'archiviste, puis elle a travaillé comme préposée aux télécommunications pour le service de police. Le 17 février 1986, M^{me} Godbout a dû, pour obtenir sa permanence, signer une déclaration dans laquelle elle s'engageait à établir sa résidence principale à Longueuil et à y habiter tout le temps qu'elle travaillerait pour la municipalité. La déclaration stipulait également que si elle quittait Longueuil, pour quelque raison que ce soit, elle pourrait être congédiée sans avis. Le document signé par M^{me} Godbout est ainsi conçu:

DÉCLARATION DE LIEU DE RÉSIDENCE HABITUELLE

Je m'engage, par la présente, à établir ma résidence habituelle sur le territoire et dans les limites de la Ville de Longueuil dans un délai maximum de seize (16) mois à compter de la date de mon embauchage.

I further undertake to maintain my ordinary residence on the territory and within the limits of the City of Longueuil for as long as I am employed by the City of Longueuil.

I understand and agree that failure to fulfill the above conditions will justify my dismissal, without further notice.

The residence requirement imposed by the declaration was based on Resolution CE 84-1491, which was passed by the Executive Committee of the appellant municipality on October 23, 1984. The relevant portions of that resolution provided as follows:

[TRANSLATION]

WHEREAS the Executive Committee has read the personnel adviser's report dated October 15, 1984;

IN VIEW OF the recommendations made by the director of personnel and the director general on October 15 and 18, 1984;

IT IS UNANIMOUSLY RESOLVED:

TO APPROVE the "Declaration of place of ordinary residence" form, which the Personnel Branch must have signed by every new employee hired to fill a regular position with a view to becoming permanent.

Resolution CE 84-1491 was later adopted by the Municipal Council through Resolution CM 84-1286, dated November 7, 1984.

On May 21, 1986, the respondent's position became permanent. Approximately one year later, and after she had informed her superiors of her intention to do so, the respondent purchased a house in the neighbouring municipality of Chambly and moved there with her boyfriend. On January 19, 1988, the head of the appellant's personnel department approached the respondent with the aim of persuading her to move back to Longueuil. The respondent refused, and her employment was terminated by the appellant on February 17, 1988. The appellant admits that the only reason it dismissed the respondent was the fact that she moved out of Longueuil.

Je m'engage également, par la présente, à maintenir ma résidence habituelle sur le territoire et dans les limites de la Ville de Longueuil, pour toute la durée de mon emploi à la Ville de Longueuil.

Je comprends et j'accepte que le défaut de remplir les conditions ci-haut décrites justifiera mon renvoi, sans autre avis.

L'obligation de résidence stipulée dans la déclaration était fondée sur la résolution CE 84-1491, prise par le comité exécutif de la municipalité appelante le 23 octobre 1984. Voici les extraits pertinents de cette résolution:

ATTENDU QUE le Comité exécutif a pris connaissance du rapport du conseiller en personnel daté du 15 octobre 1984;

CONSIDÉRANT les recommandations du directeur du personnel et du directeur général datées des 15 et 18 octobre 1984;

IL EST RÉSOLU UNANIMEMENT:

D'APPROUVER la formule «Déclaration de lieu de résidence habituelle» que la Direction du personnel devra faire signer par tous les nouveaux employés qui seront embauchés dans un poste régulier et dans le but de devenir permanents.

Le conseil municipal, par la résolution CM 84-1286, datée du 7 novembre 1984, a adopté la résolution CE 84-1491.

Le 21 mai 1986, l'intimée a obtenu sa permanence. À peu près un an plus tard, et après avoir informé ses supérieurs de son intention, l'intimée a acheté une maison dans la municipalité voisine de Chambly et y a emménagé avec son conjoint de fait. Le 19 janvier 1988, le directeur du personnel de l'appelante s'est adressé à l'intimée en vue de la persuader de revenir à Longueuil. Cette dernière a refusé, et l'appelante a mis fin à son emploi le 17 février 1988. L'appelante reconnaît avoir congédié l'intimée uniquement parce qu'elle avait déménagé hors de Longueuil.

18 The respondent brought an action in the Superior Court of Quebec seeking damages and reinstatement in her position. The action was dismissed with costs on March 31, 1989: [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. An appeal to the Court of Appeal was allowed on September 14, 1995 and damages in the amount of \$10,763.47 were awarded: [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] Q.J. No. 686 (QL). The respondent then brought a motion for rectification in respect of the Court of Appeal's formal judgment order, alleging that the court did not make a conclusive finding with respect to certain aspects of the damages claim. The Court of Appeal granted the respondent's motion and amended its reasons on November 15, 1995: [1995] Q.J. No. 874 (QL). It did not, however, accede to the respondent's request to recover the damages that had not been awarded in the September 14 decision. On October 3, 1996, this Court granted the appellant's motion for leave to appeal on the substantive issues as well as the respondent's motion for leave to cross-appeal on the damages issue: [1996] 3 S.C.R. xiv.

II. Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, [1989] R.J.Q. 1511

19 The respondent raised two main issues before Turmel J.: (a) whether the resolutions implementing the residence requirement were properly adopted by the Municipal Council; and (b) whether, even if they were, the residence requirement was nevertheless void as violating either the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, or both. While the appellant initially raised a number of subsidiary arguments, it later abandoned them, and the case proceeded on the basis that the only issues to be resolved were those raised by the respondent.

20 In respect of the first main issue, the respondent made two submissions. First, she alleged that under the *Charter of the City of Longueuil*, the Longueuil Municipal Council did not have the

L'intimée a intenté une action devant la Cour supérieure du Québec pour obtenir des dommages-intérêts et pour être réintégrée dans ses fonctions. La Cour a rejeté l'action avec dépens le 31 mars 1989: [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été accueilli le 14 septembre 1995, et cette cour a accordé des dommages-intérêts de 10 763,47 \$: [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] A.Q. n° 686 (QL). L'intimée a alors présenté une requête en rectification de l'ordonnance de la Cour d'appel, soutenant que cette cour avait omis de statuer sur certains aspects de la demande de dommages-intérêts. La cour a accueilli la requête et modifié ses motifs le 15 novembre 1995: [1995] A.Q. n° 874 (QL). Elle n'a toutefois pas fait droit à la demande de recouvrement de l'intimée concernant les dommages-intérêts qui n'avaient pas été octroyés par la décision du 14 septembre. Le 3 octobre 1996, notre Cour a autorisé l'appelante à se pourvoir contre la décision quant au fond et a également permis à l'intimée de former un pourvoi incident concernant la question des dommages-intérêts: [1996] 3 R.C.S. xiv.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *La Cour supérieure du Québec*, [1989] R.J.Q. 1511

L'intimée a soumis deux questions principales au juge Turmel: a) les résolutions mettant en œuvre l'obligation de résidence ont-elles été régulièrement prises par le conseil municipal et b) même si elles l'ont été, cette obligation contrevient-elle à la *Charte canadienne*, à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, ou aux deux, et est-elle, de ce fait, inopérante? L'appelante, qui avait d'abord soumis certains arguments subsidiaires, les a par la suite abandonnés, et la Cour supérieure a entendu l'affaire en considérant que les seules questions à trancher étaient celles que soulevait l'intimée.

Relativement à la première de ces questions, l'intimée a avancé deux arguments. Elle a plaidé, premièrement, que la *Charte de la Ville de Longueuil*, ne donnait pas au conseil municipal le pou-

power to adopt a resolution restricting the place of residence of its employees. While Turmel J. accepted that the powers of municipalities are determined by the enabling statutes which govern them, he also found as follows, at pp. 1515-16:

[TRANSLATION] Every municipal corporation . . . has regulatory, administrative and ministerial powers.

In the absence of specific provisions, the hiring of employees is included in the exercise of administrative authority and, as such, like any administrative act, is subject to individual discretion. The conditions and requirements for applying for employment fall within that discretion.

On this basis, Turmel J. reasoned that the power to impose a residence requirement falls within the competence of the Longueuil Municipal Council and, consequently, he found that the respondent's contrary submission could not succeed.

Secondly, the respondent alleged that Resolution CM 84-1286 had not been adopted in conformity with the proper procedure. That resolution reads, in relevant part, as follows:

[TRANSLATION]

WHEREAS the Council has read the minutes of the Executive Committee's 107th meeting. . . ;

IT IS . . . UNANIMOUSLY RESOLVED:

To take note of the minutes of the Executive Committee's 107th meeting on October 23, 1984, which contain its decisions. [Emphasis added.]

The procedure for adopting Municipal Council resolutions is set out in s. 52.2 of the *Charter of the City of Longueuil* (as amended by S.Q. 1982, c. 81, s. 3), which provides:

52.2 Every demand, by-law or report submitted by the executive committee must, unless otherwise prescribed, be approved, rejected, amended or returned by the vote of the majority of the members of the council present at the sitting.

The respondent contended that by the terms of this provision, the Municipal Council was entitled only to "approve", "reject", "amend" or "return" a resolution from the Executive Committee and that the words [TRANSLATION] "take note" in Resolution

voir de prendre une résolution limitant le choix du lieu de résidence de ses employés. Le juge Turmel, tout en reconnaissant que les lois régissant les municipalités déterminent les pouvoirs que celles-ci peuvent exercer, a statué, aux pp. 1515 et 1516:

Toute corporation municipale [. . .] possède des pouvoirs réglementaires, des pouvoirs administratifs et des pouvoirs ministériels.

L'engagement d'employés, à moins de dispositions particulières, fait partie de l'exercice du pouvoir administratif et, à ce titre, il est, comme tout acte administratif, sujet à discrétion de portée individuelle. Les conditions et exigences pour postuler l'emploi relèvent de cette discrétion.

Partant de ce principe, le juge Turmel a conclu que le conseil municipal de Longueuil avait le pouvoir d'imposer une obligation de résidence et que, par conséquent, l'intimée ne pouvait plaider l'absence de compétence de la municipalité.

Deuxièmement, l'intimée a soutenu que la résolution CM 84-1286 n'avait pas été prise conformément aux règles de procédure. Le passage pertinent de cette résolution est ainsi conçu:

ATTENDU QUE le Conseil a pris connaissance du procès-verbal de la 107^e assemblée du Comité exécutif . . .

IL EST [. . .] RÉSOLU UNANIMEMENT:

De prendre acte du procès-verbal de la 107^e assemblée du Comité exécutif tenue le 23 octobre 1984 contenant ses décisions. [Je souligne.]

C'est l'art. 52.2 de la *Charte de la Ville de Longueuil* (modifiée par L.Q. 1982, ch. 81, art. 3) qui prévoit la procédure pour la prise de résolutions par le conseil municipal:

52.2 Toute demande, tout règlement ou tout rapport soumis par le comité exécutif doit, sauf prescription contraire, être approuvé, rejeté, amendé ou retourné par le vote de la majorité des membres du conseil présents à la séance.

L'intimée a prétendu que cette disposition n'autorisait le conseil municipal qu'à «approuver», «rejeter», «amender» ou «retourner» les résolutions du comité exécutif et que les mots «prendre acte» employés dans la résolution CM 84-1286 ne pou-

CM 84-1286 amounted to none of these dispositions. While he acknowledged that the phrase chosen by the Municipal Council was not as clear as it might have been, Turmel J. explained that according to s. 52.2, the Municipal Council “must” dispose of an Executive Committee resolution in one of the four prescribed manners. Finding that the words “take note” did not amount to a “rejection”, “amendment” or “return”, Turmel J. reasoned that they could constitute nothing other than an “approval” and he therefore rejected the respondent’s claim.

22

Turning to the second of the respondent’s main arguments, Turmel J. began by examining whether the residence requirement imposed by the appellant contravened ss. 1, 3, 5 or 6 of the Quebec *Charter*, which read as follows:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

5. Every person has a right to respect for his private life.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

Without a lengthy analysis, Turmel J. found that none of these provisions was violated on the facts. While he noted that the respondent could have advanced an argument based on s. 10 of the Quebec *Charter* (dealing with equality and discrimination on the basis of, *inter alia*, “civil status”), he found that such an argument would not, in any event, have succeeded in this case.

23

Finally, Turmel J. examined the submissions made in respect of the Canadian *Charter*, and explained that before the respondent could allege that any of her *Charter* rights was violated, she would first have to establish that the *Charter* actually applied. While the judge recognized that municipalities may be analogized to Parliament or

vaient être assimilés à aucune de ces mesures. Le juge Turmel, concédant que le conseil municipal aurait pu employer un langage plus clair, a expliqué que l’art. 52.2 obligeait le conseil («doit») à prendre à l’égard des résolutions du comité exécutif l’une des quatre mesures qui y sont énumérées. Concluant que les mots «prendre acte» ne constituaient ni un «rejet» ni un «amendement» ni un «renvoi», le juge Turmel a décidé qu’il ne pouvait s’agir que d’une approbation, et il a donc rejeté l’argument de l’intimée.

Relativement au deuxième argument principal de l’intimée, le juge Turmel a commencé par examiner si l’obligation de résidence imposée par l’appelante contrevenait aux art. 1, 3, 5 ou 6 de la *Charte* québécoise, lesquels sont ainsi libellés:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu’à la sûreté, à l’intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d’opinion, la liberté d’expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d’association.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Sans procéder à une longue analyse, le juge Turmel a décidé que les faits en cause n’établissaient pas qu’il y avait eu transgression de ces dispositions. Il a signalé que l’intimée aurait pu invoquer l’art. 10 de la *Charte* québécoise (portant sur l’égalité et sur la discrimination fondée, entre autres, sur l’«état civil»), mais que même cet argument n’aurait pas été reçu en l’espèce.

Finalement, le juge Turmel a analysé l’argumentation fondée sur la *Charte* canadienne et a expliqué que l’intimée devait établir que la *Charte* était effectivement applicable avant de pouvoir prétendre que les droits que lui garantit ce texte avaient été enfreints. Même si le juge Turmel a reconnu que les municipalités pouvaient être assi-

provincial legislatures inasmuch as they can act in a “governmental” capacity, he found that the analogy held up only insofar as the municipality exercised its “public”, law-making function. Since, in his view, the appellant was acting in a “private” capacity (i.e., *qua* employer) in imposing the residence requirement, however, he held that the Canadian *Charter* did not apply here.

Notwithstanding this conclusion, Turmel J. proceeded in *obiter* to discuss the specific arguments raised under ss. 7 and 15 of the Canadian *Charter*. With respect to s. 7, he held that a “right to work” — which, in his view, was the right implicated in this case — did not fall within the scope of the rights to “life”, “liberty” or “security of the person” and consequently, he found that s. 7 could not properly be relied upon by the respondent. As regards s. 15, Turmel J. followed the reasoning of Hoyt J.A. (as he then was) in *McDermott v. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150 (N.B.C.A.), in holding both that the respondent did not belong to any identifiable group as required by that provision and that, even if she did, no discrimination existed on the facts. On this basis, he found that s. 15 did not apply here either. Having found no ground upon which to uphold the respondent’s claims, Turmel J. dismissed the action with costs.

B. *Quebec Court of Appeal — September 14, 1995*, [1995] R.J.Q. 2561

(1) Baudouin J.A.

On the appeal to the Court of Appeal, Baudouin J.A., who wrote the central judgment, began by explaining that while the two main issues on appeal were the same as those raised by the parties in the court of first instance, a further issue also required consideration; namely, whether the residence requirement imposed by the appellant was contrary to [TRANSLATION] “judicial public order”. He expressed himself on this point, at p. 2566, as follows:

milées au Parlement ou aux législatures provinciales, dans la mesure où elles peuvent agir à titre «gouvernemental», il a conclu que l’analogie ne tenait qu’à l’égard de leur activité législative, à «caractère public». Comme l’appelante, en imposant l’obligation de la résidence, accomplissait, selon lui, un acte à «caractère privé» (en qualité d’employeur), le juge Turmel a statué que la *Charte* canadienne ne s’appliquait pas.

Malgré cette conclusion, le juge Turmel s’est prononcé, dans une opinion incidente, sur les arguments particuliers fondés sur les art. 7 et 15 de la *Charte* canadienne. Relativement à l’art. 7, il a estimé que le droit à la «vie», à la «liberté» et à la «sécurité de sa personne» ne comprenait pas le «droit de travailler» — le droit en cause en l’espèce, selon lui — et que, par conséquent, l’intimée ne pouvait invoquer cette disposition. En ce qui concerne l’art. 15, le juge Turmel a repris le raisonnement suivi par le juge Hoyt (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *McDermott c. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150 (C.A.N.-B.), pour conclure que l’intimée n’appartenait à aucun groupe identifiable, contrairement à ce qu’exigeait la disposition, et que même si elle avait fait partie d’un groupe identifiable, les faits n’établissaient pas qu’il y avait eu discrimination; il a donc décidé que l’art. 15 ne s’appliquait pas non plus. Concluant à l’absence de motifs pouvant fonder les prétentions de l’intimée, il a rejeté son action avec dépens.

B. *La Cour d’appel du Québec — 14 septembre 1995*, [1995] R.J.Q. 2561

(1) Le juge Baudouin

En Cour d’appel, le juge Baudouin, qui a rédigé l’essentiel du jugement, a commencé par expliquer que même si les deux principaux points soulevés en appel étaient les mêmes qu’en première instance, une autre question devait également être examinée: celle de savoir si l’obligation de résidence imposée par l’appelante contrevenait à «l’ordre public judiciaire». Il s’est exprimé ainsi sur ce point, à la p. 2566:

[TRANSLATION] The rather unusual length of time this Court's judgment was reserved was due first of all to the fact that a major point of law, namely the application of the standard of judicial public order to this case, was not elaborated on or discussed in depth by the parties in either their factums or their argument. This Court therefore had to raise it *proprio motu*.

Baudouin J.A. also noted that the matter of quantification of damages had not been fully canvassed by the parties and that the Court of Appeal was also obliged to consider this issue at length in disposing of the appeal. Before addressing these further issues, however, Baudouin J.A. examined the issues initially raised before Turmel J.

26

As regards the validity of the municipal resolutions, Baudouin J.A. agreed with Turmel J. that because the term [TRANSLATION] "take note" does not amount to a rejection, an amendment or a remand order, the Municipal Council must be taken to have approved the Executive Committee's resolution. Indeed, he held, at p. 2566, that

[TRANSLATION] [i]t is clear in the case at bar that the Municipal Council's decision of November 7, 1984 can be interpreted only as an approval. The Council's approval does not have to be given in any set way, but can, on the contrary, be inferred from the context.

On this basis, Baudouin J.A. rejected the first of the respondent's main arguments.

27

Baudouin J.A. next examined whether the residence requirement violated the Canadian *Charter*. He explained, as had Turmel J., that the first question to be answered in this regard was whether the *Charter* even applied on the facts. Much like Turmel J., Baudouin J.A. found that because the municipality in this case was acting in a "private" capacity in imposing the residence requirement (i.e., as the respondent's employer), it would probably not be subject to *Charter* scrutiny. He found it unnecessary to make a specific finding on this point, however, since in his view, the respondent's submissions in respect of the Canadian *Charter* could not succeed anyway. At pp. 2567-68, he stated:

La longueur un peu inhabituelle du délibéré devant notre cour est due tout d'abord au fait qu'un point de droit majeur, à savoir l'application à l'espèce de la norme de l'ordre public judiciaire, n'a pas été développé et discuté à fond par les parties, ni dans leurs mémoires, ni dans leurs plaidoiries. Notre cour a donc été obligée de le soulever *proprio motu*.

Le juge Baudouin a également signalé que les parties n'avaient pas examiné en profondeur la question de l'établissement du montant des dommages subis et que la Cour d'appel avait aussi dû étudier minutieusement ce point pour statuer sur l'appel. Avant d'aborder ces autres points, toutefois, le juge Baudouin a examiné les questions initialement soumises au juge Turmel.

Relativement à la validité des résolutions municipales, le juge Baudouin a souscrit à l'opinion du juge Turmel selon laquelle l'expression «prendre acte» ne constituant ni un rejet ni un amendement ni un renvoi, il fallait conclure que le conseil municipal avait approuvé la résolution du comité exécutif. En effet, le juge a statué, à la p. 2566:

Il est évident, en l'espèce, que la décision du conseil municipal du 7 novembre 1984 ne saurait s'interpréter autrement que comme une approbation. Or, celle-ci n'a pas à être faite par l'emploi d'une formule sacramentelle, mais peut au contraire s'inférer du contexte.

Il a, par conséquent, rejeté le premier des deux principaux arguments de l'intimée.

Le juge Baudouin a ensuite abordé la question de savoir si l'obligation de résidence contrevenait à la *Charte* canadienne. Il a expliqué, ainsi que l'avait fait le juge Turmel, qu'il fallait d'abord se demander si, compte tenu des faits, la *Charte* pouvait recevoir application. À l'exemple du juge de première instance, il a conclu que parce que la municipalité agissait à titre «privé» en imposant l'obligation de résidence (en qualité d'employeur de l'intimée), ses actes ne seraient probablement pas assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Il a toutefois jugé inutile de se prononcer sur ce point puisque, à son avis, les arguments invoqués par l'intimée relativement à la *Charte* canadienne ne pouvaient être retenus. Il a dit ce qui suit, aux pp. 2567 et 2568:

[TRANSLATION] The [respondent] is relying on ss. 15 and 7 to support her arguments. What she is actually asserting is a right to work, which is not a right formally recognized by any provision of the Canadian Charter. The right to work is essentially economic in nature and, as such, does not come under the protection granted by s. 15 of the Charter. In addition, the courts have consistently held that this right cannot be based on s. 7 either, since obtaining or keeping a job does not involve the protection of life, liberty or security of the person.

Based on these considerations, Baudouin J.A. rejected the respondent's *Charter* arguments.

With respect to the Quebec *Charter*, Baudouin J.A. began by recognizing that no threshold issue of applicability arose because that document governs relations between private parties as well as those between the government and individuals. He then addressed each of the respondent's submissions in turn. He found first that the right to "freedom" enshrined in s. 1 does not include within its ambit a "right to work". Since he understood this kind of right to form the basis of the respondent's claim, he found that s. 1 did not apply. Similarly, he found that s. 3 was inapplicable because he could see no way in which the freedoms guaranteed by that provision were implicated on the facts.

Even though he ultimately found that s. 5 of the Quebec *Charter* did not apply either, he undertook a more thorough analysis on this point, noting that the precise content of what falls within one's "private life" has yet to be fully determined. Recognizing that s. 5 may include within its ambit a right to a protected sphere of personal activity, he nevertheless found, at p. 2569, that s. 5 could not avail the respondent in this case:

[TRANSLATION] In the case at bar, I therefore have difficulty seeing how the choice of a particular place of residence could fall within the content of one's private life in the context under consideration or how the mere fact of making one's place of residence known to third parties could amount to such interference. It seems to me that the concept of "private life" is intended much

L'[intimée] invoque, en effet, au soutien de ses prétentions, l'article 15 et l'article 7. Elle invoque, en réalité, un droit au travail, droit qu'aucune disposition de la charte canadienne ne reconnaît formellement. Le droit au travail est, en effet, de nature essentiellement économique et ne relève pas, à ce titre, du périmètre de protection accordée par la charte à l'article 15. Ensuite, selon une jurisprudence constante, ce droit ne saurait non plus être fondé sur l'article 7: l'obtention ou la conservation d'un travail ne met pas, en effet, en cause la protection de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne.

Pour ces motifs, le juge Baudouin a rejeté les arguments fondés sur la *Charte* avancés par l'intimée.

Relativement à la *Charte* québécoise, le juge Baudouin a d'abord reconnu que la question préliminaire de l'applicabilité ne se posait pas parce que ce texte régit les rapports de droit privé tout comme les rapports entre le gouvernement et les citoyens. Il a ensuite passé en revue chacun des arguments de l'intimée. Il a jugé, en premier lieu, que le droit à la «liberté» garanti par l'article premier n'incluait pas le «droit au travail»; comme, selon lui, c'est sur ce dernier droit que reposait l'argument de l'intimée, il a conclu que l'article premier ne s'appliquait pas. De la même façon, il a jugé que l'art. 3 ne s'appliquait pas parce qu'il ne voyait aucun rapport entre les faits en cause et les libertés garanties par cette disposition.

Même s'il a conclu, en dernière analyse, que l'art. 5 de la *Charte* québécoise ne s'appliquait pas non plus, il a analysé ce point plus en profondeur, faisant observer que le contenu précis de la notion de «vie privée» n'était pas encore entièrement défini. Tout en reconnaissant que l'art. 5 pouvait comprendre le droit à une sphère protégée d'activités personnelles, il n'en a pas moins conclu, à la p. 2569, que l'intimée ne pouvait invoquer cette disposition en l'espèce:

En l'espèce, je vois donc mal comment le choix d'un lieu de résidence particulier pourrait faire partie du contenu de la vie privée dans le contexte sous étude ou comment le seul fait de faire connaître à des tiers l'existence de sa résidence pourrait constituer une telle atteinte. Le concept de vie privée me paraît beaucoup plus [...] destiné à protéger ce qui fait partie de la vie

more . . . to protect what is part of one's personal life, in short, what constitutes a minimum personal sphere that is safe from intrusion.

Baudouin J.A. further held that s. 6 did not apply, because the imposition of the residence requirement did not in any way interfere with the respondent's ability to enjoy or dispose freely of her property.

30 Having dealt with the issues raised by the parties, Baudouin J.A. turned next to the question of "public order" to which he alluded at the beginning of his reasons. He began his analysis by setting out two basic premises. The first was that a clause imposing a residence requirement is restrictive of basic liberties — and hence potentially contrary to public order — because it limits the ability of an employee to choose where he or she wishes to live. This premise, in Baudouin J.A.'s view, was simply a corollary of the proposition that, under normal circumstances (i.e., absent some pressing and overriding concern), citizens must be taken to have the right to live where they please. The second premise was that it must be permissible for an employee freely to waive his or her right to choose where to live through a contract of employment. Such "free" waiver did not inhere in the case at bar, Baudouin J.A. noted, because the declaration signed by the respondent amounted to a contract of adhesion, the terms of which were dictated entirely by the appellant.

31 Based on these two premises, Baudouin J.A. reasoned that a residence requirement will be contrary to public order unless a plausible justification for it can be advanced. In the case at bar, he found that all the interests suggested by the appellant were unpersuasive. Specifically, he rejected the argument that the respondent had to live in the municipality out of necessity or in case of emergency, on the basis that her position was not so essential as to justify such a requirement. Similarly, he could not agree with the submission that keeping employees within the municipality would improve city services by better acquainting those employees with the municipality itself since, to his mind, one employee could easily live within a municipality without taking any interest in it,

intime de la personne, bref ce qui constitue un cercle personnel irréductible, à l'abri des indiscretions.

Le juge Baudouin a ensuite décidé que l'art. 6 ne s'appliquait pas parce que l'obligation de résidence n'empêchait aucunement l'intimée de jouir de ses biens ni d'en disposer librement.

Ayant statué sur les questions soumises par les parties, le juge Baudouin a ensuite entrepris l'examen de la question de l'«ordre public» qu'il avait évoquée au début de ses motifs. Il a commencé son analyse en énonçant deux principes élémentaires. Suivant le premier, la clause imposant un lieu de résidence restreint les libertés fondamentales — et peut donc porter atteinte à l'ordre public — parce qu'elle limite la faculté de l'employé de choisir le lieu où il veut vivre. Pour le juge Baudouin, ce principe n'est qu'un corollaire de la règle générale voulant que les citoyens aient normalement (c'est-à-dire, en l'absence de considérations urgentes et prédominantes) le droit de vivre où bon leur semble. Le second principe veut qu'il soit loisible à l'employé de renoncer librement à ce droit dans un contrat d'emploi. Toutefois, il n'y a pas eu renonciation «libre» en l'espèce, selon le juge Baudouin, parce que la déclaration signée par l'intimée équivaut à un contrat d'adhésion dont les termes étaient entièrement dictés par l'appelante.

En se fondant sur ces deux principes, le juge Baudouin a conclu que l'obligation de résidence porte atteinte à l'ordre public sauf si elle peut se justifier de façon plausible. En l'espèce, il a jugé qu'aucune des raisons avancées par l'appelante n'était convaincante. Plus précisément, il a écarté les arguments de l'urgence et de la nécessité parce que le poste occupé par l'intimée n'était pas essentiel au point de justifier une telle exigence. Il a rejeté également l'argument selon lequel l'obligation de résidence dans la municipalité a pour effet d'améliorer les services municipaux parce que les employés connaissent mieux la municipalité, car selon lui, un employé pourrait très bien habiter dans une ville sans s'y intéresser du tout tandis qu'un autre pourrait vivre hors de ses limites terri-

while another could live outside the territorial limits but be in better touch with the community and its needs. Finally, he found that because a person living within a municipality cannot be assumed to spend his or her money in that municipality, the residence requirement could not be justified on the basis that it stimulated the local economy. Finding no justification advanced by the appellant to be satisfactory, Baudouin J.A. concluded that the residence requirement at issue was contrary to public order.

In disposing of the case, Baudouin J.A. allowed the appeal, declared Resolutions CE 84-1491 and CM 84-1286 null and void, and granted the respondent's request for reinstatement. He also granted her damages in the amount of \$10,763.47, representing the financial losses she suffered from the time of her dismissal until the time of trial. Baudouin J.A. noted, however, that since no evidence had been led in respect of the damages suffered during the period between the trial and the appeal, no calculation of quantum could be made in that regard. He noted further that while the applicable rules of civil procedure permitted plaintiffs to quantify their damages either at the time of an appeal or at any time before the appeal judgment is rendered, the respondent never availed herself of that possibility. He further found that no plausible justification existed either for allowing the respondent to make oral submissions on the damages issue during the appeal — a request for which had been denied during the hearing on the grounds that it would have been unfair to the appellant — or for remanding the damages issue to the Superior Court. In the result, Baudouin J.A. made no order in respect of damages suffered by the respondent during the period between the trial and the appeal.

(2) Gendreau J.A.

Gendreau J.A. agreed with Baudouin J.A.'s disposition but held instead, citing his own majority judgment in *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), that the residence requirement infringed the right to respect for one's private life guaranteed by s. 5 of the *Quebec Charter*.

toriales mais être plus sensibilisé à la collectivité et à ses besoins. Finalement, il a jugé que parce qu'on ne pouvait présumer qu'une personne vivant dans la municipalité y dépenserait son argent, l'argument de la stimulation de l'économie locale ne pouvait justifier l'obligation de résider dans la municipalité. Estimant qu'aucune des justifications avancées par l'appelante n'était satisfaisante, le juge Baudouin a conclu que l'obligation de résidence en question était contraire à l'ordre public.

Le juge Baudouin a accueilli l'appel, déclaré les résolutions CE 84-1491 et CM 84-1286 nulles et non avenues et ordonné la réintégration demandée par l'intimée. Il a également octroyé à celle-ci des dommages-intérêts de 10 763,47 \$, soit la perte financière subie entre le moment du congédiement et le procès en première instance. Il a toutefois indiqué qu'aucune preuve n'ayant été présentée à l'égard du préjudice subi entre le procès et l'appel, le montant des dommages-intérêts ne pouvait être déterminé pour cette période; il a précisé que bien que les règles de procédure civile applicables permettent au demandeur d'établir le montant des dommages au moment de l'appel ou à tout moment avant le prononcé du jugement en appel, l'intimée ne s'est jamais prévalu de cette possibilité. Il a jugé en outre que rien ne justifiait que l'intimée soit autorisée à présenter des observations orales sur la question des dommages-intérêts au cours de l'appel — une requête à cet effet avait été rejetée pendant l'audience parce que cette mesure aurait été inéquitable envers l'appelante — ou à renvoyer cette question à la Cour supérieure. Le juge Baudouin n'a donc rendu aucune ordonnance concernant les dommages subis par l'intimée entre le procès et l'appel.

(2) Le juge Gendreau

Le juge Gendreau a approuvé la solution apportée au litige par le juge Baudouin, mais il a plutôt conclu, citant le jugement majoritaire qu'il avait rendu dans l'affaire *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), que l'obligation de résidence portait atteinte au droit à la vie privée garanti par l'art. 5 de la *Charte québécoise*.

(3) Fish J.A.

34 Fish J.A. agreed substantially with the reasons of Baudouin J.A., subject only to the reservation that the arguments advanced under the Quebec *Charter* did not, in his opinion, need to be addressed at all.

C. *Quebec Court of Appeal — November 15, 1995*

35 Following the release of the reasons of September 14, 1995, the respondent brought a motion for rectification of the formal judgment. Specifically, she claimed that the judgment itself made no specific order in respect of the damages she suffered between the time of the trial and the release of the appeal judgment — an amount to which, for convenience, I shall refer as the “interim damages” — and she sought an order granting those damages to her.

36 After considering the motion, the Court of Appeal found the respondent to be correct, *stricto sensu*, in contending that no formal order had been made in respect of the interim damages claim. It therefore granted the motion and ordered that its reasons of September 14 be amended to add the following conclusion:

[TRANSLATION]

DISMISSES, on the ground that it is unenforceable, the conclusion in the notice of appeal that reads as follows:

ORDER the defendant... to compensate the plaintiff... for all wages and other amounts lost from that date until the date on which she is reinstated, less any amounts she earned elsewhere....

As the wording of this addendum makes clear, the court refused to grant the respondent the interim damages she sought.

37 In its brief reasons, the Court of Appeal simply reiterated three findings made by Baudouin J.A. in the main appeal. First, it restated Baudouin J.A.’s observation that, while the respondent could easily have quantified her interim damages at any time before the release of the appeal judgment, she had

(3) Le juge Fish

Le juge Fish a souscrit, en substance, aux motifs du juge Baudouin. Sa seule réserve portait sur le fait que, selon lui, il n’était pas nécessaire d’examiner les arguments fondés sur la *Charte* québécoise.

C. *La Cour d’appel du Québec — 15 novembre 1995*

Après la communication des motifs, le 14 septembre 1995, l’intimée a présenté une requête en rectification du dispositif du jugement, dans laquelle elle a soutenu, en particulier, que le jugement lui-même ne renfermait aucune ordonnance expresse concernant les dommages qu’elle avait subis entre le procès en première instance et le prononcé du jugement d’appel — par souci de commodité, je les appellerai «dommages-intérêts ultérieurs» — et elle a demandé à la cour de rendre une ordonnance lui octroyant des dommages-intérêts à ce titre.

La Cour d’appel, après examen de la requête, a jugé que l’intimée avait raison *stricto sensu* d’affirmer que la cour n’avait pas statué formellement sur la demande de dommages-intérêts ultérieurs. Elle a donc accueilli la requête et ordonné que les motifs rendus le 14 septembre soient modifiés pour y ajouter la conclusion suivante:

REJETTE, parce qu’inexécutoire, la conclusion de l’avis d’appel qui se lit ainsi:

CONDAMNER la défenderesse [...] à indemniser la demanderesse [...] de toutes pertes salariales et autres subies depuis cette date jusqu’au jour de la réintégration, déduction faite de ce qu’elle a gagné ailleurs....

Il appert du libellé de la conclusion additionnelle que la cour a refusé d’octroyer à l’intimée les dommages-intérêts ultérieurs qu’elle demandait.

Dans ses brefs motifs, la Cour d’appel a simplement répété trois conclusions formulées par le juge Baudouin dans l’appel principal. En premier lieu, elle a repris l’observation du juge Baudouin selon laquelle il aurait été facile pour l’intimée d’établir le montant des dommages-intérêts ultérieurs à tout

failed to do so, and it explained that she should not, at such a late stage, be permitted to rectify the situation. Secondly, it repeated Baudouin J.A.'s finding that while the respondent had offered to make submissions in the appeal hearing itself (or through an affidavit) with respect to the quantification issue, such submissions could not properly have been permitted, since the appellant had received the documents relevant to those submissions only two days earlier and hence would have been unprepared to challenge the respondent's claims. Finally, the court reiterated its rejection of the respondent's request to have the damages matter remanded to the Superior Court, on the basis that the remand power is exercised in only very limited circumstances. In the Court of Appeal's view, all these findings were evident in the appeal reasons themselves, and their repetition served only to confirm its decision not to award the respondent the interim damages.

III. Issues

The parties put forth a number of different arguments in this Court with respect to the validity of the appellant's residence requirement. To my mind, the main issues raised by those arguments — and the ones I propose to discuss in detail in these reasons — may be stated as follows:

- (1)(a) Does the Canadian *Charter* apply in this case?
 - (b) If so, does the residence requirement imposed by the appellant infringe the respondent's right to liberty under s. 7 of the Canadian *Charter*?
 - (c) If so, is the infringement in accordance with the principles of fundamental justice?
- (2)(a) Does the residence requirement imposed by the appellant municipality violate the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*?

moment avant le prononcé du jugement d'appel, mais qu'elle ne l'avait pas fait, et elle a expliqué qu'il ne convenait pas de permettre à cette dernière de corriger aussi tardivement la situation. En deuxième lieu, elle a répété la conclusion du juge Baudouin voulant que même si l'intimée avait proposé d'être entendue au sujet du montant des dommages lors de l'audition de l'appel (ou d'être crue à son affidavit), il aurait été irrégulier d'autoriser cette démarche car l'appelante n'avait reçu les documents relatifs à cette question que deux jours auparavant et n'aurait donc pas été prête à répondre aux prétentions de l'intimée. Finalement, la cour a réitéré qu'elle rejetait la demande de renvoi de la question des dommages à la Cour supérieure, parce que le pouvoir de rendre une telle ordonnance ne devait s'exercer que dans des circonstances exceptionnelles. Selon la Cour d'appel, les motifs de l'arrêt prononcé exposaient clairement toutes ces conclusions, et leur répétition ne visait qu'à confirmer la décision de la cour de ne pas accorder les dommages-intérêts ultérieurs à l'intimée.

III. Les questions en litige

Les parties soumettent divers arguments à notre Cour relativement à la validité de l'obligation de résidence imposée par l'appelante. J'estime que les principales questions soulevées par ces arguments — que je me propose d'examiner en détail dans les présents motifs — peuvent être formulées ainsi:

- (1)(a) La *Charte* canadienne s'applique-t-elle en l'espèce?
 - (b) Dans l'affirmative, l'obligation de résidence imposée par l'appelante porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* canadienne?
 - (c) Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle portée en conformité avec les principes de justice fondamentale?
- (2)(a) L'obligation de résidence imposée par la municipalité appelante porte-t-elle atteinte au droit à la vie privée protégé par l'art. 5 de la *Charte* québécoise?

(b) If so, can the violation be justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*?

b) Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

39

The appellant also raised an issue in the main appeal with respect to whether the Court of Appeal erred in issuing its rectificatory judgment. For simplicity's sake, however, I have chosen to address this issue in the context of the cross-appeal. The issues I will examine in discussing the cross-appeal can thus be stated as follows:

- (1) Did the Quebec Court of Appeal err in issuing its rectificatory judgment of November 15, 1995?
- (2) Did the Quebec Court of Appeal err:
 - (a) in refusing to allow the respondent to adduce evidence during the appeal hearing with respect to the interim damages;
 - (b) in failing to request of the parties that they submit further argument in respect of the interim damages claim; or
 - (c) in failing to remand the matter of the interim damages to the Quebec Superior Court?

IV. Analysis

A. *The Appeal*

(1) Preliminary Matters

40

Before examining the issues I have set out above, I find it necessary to outline briefly two other issues raised by the parties, both of which were discussed at some length in the courts below. The first concerns whether or not the imposition of a residence requirement of the kind at issue here is within the competence of the appellant. The respondent contended that Resolutions CE 84-1491 and CM 84-1286 are *ultra vires* — and hence void — on the ground that no power to adopt a general residence requirement is conferred on the appellant either under the terms of its governing statute, the *Charter of the City of Longueuil* or

L'appelante soulève également, dans le pourvoi principal, la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en rendant son jugement rectificatif. Pour simplifier les choses, toutefois, j'ai résolu de traiter de ce point dans l'examen du pourvoi incident. Les questions qui seront examinées relativement au pourvoi incident peuvent donc être formulées de la façon suivante:

- (1) La Cour d'appel du Québec a-t-elle commis une erreur en rendant son jugement rectificatif du 15 novembre 1995?
- (2) La Cour d'appel du Québec a-t-elle commis une erreur:
 - a) en refusant d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les dommages-intérêts ultérieurs pendant l'audition de l'appel;
 - b) en ne demandant pas aux parties de soumettre de nouveaux arguments concernant la demande de dommages-intérêts ultérieurs;
 - c) en ne renvoyant pas la question des dommages-intérêts ultérieurs à la Cour supérieure du Québec?

IV. Analyse

A. *Le pourvoi*

(1) Questions préliminaires

Avant d'aborder les questions énoncées ci-dessus, j'estime nécessaire d'exposer brièvement deux autres points soumis par les parties, qui tous deux ont été examinés assez en détail par les juridictions inférieures. Le premier porte sur la question de savoir si l'appelante a compétence pour imposer une obligation de résidence comme celle qui est en cause en l'espèce. L'intimée prétend en effet que les résolutions CE 84-1491 et CM 84-1286 sont *ultra vires*, donc nulles, parce que ni la loi régissant l'appelante, la *Charte de la Ville de Longueuil*, ni la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, ne confèrent à cette dernière le pouvoir

under the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19. To buttress its submission, the respondent pointed out that a specific power to impose a residence requirement on officers of local police forces is conferred on municipalities by s. 65(d) of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13, and she argued that in light of this specific power, no analogous general power to impose a residence requirement on all municipal employees existed. In response, the appellant relied on s. 52.13 of the *Charter of the City of Longueuil* (as amended by S.Q. 1982, c. 81, s. 3), which reads as follows:

52.13 The clerk, the treasurer and the heads of departments and their assistants, except the manager, shall be appointed by the council on report of the committee. Such report may be altered or rejected by the majority of all the members of the council. On report of the executive committee, the council may, by the majority vote of all its members, suspend such officers, reduce their salary or dismiss them.

The council shall also appoint, upon report of the committee, the other officers or permanent employees.

Temporary employees shall be appointed by the executive committee. [Emphasis added.]

Pointing to the fact that the municipal council has the power to hire permanent employees, the appellant argued that it must, by necessary implication, have the power to set the terms and conditions of permanent employment. In the appellant's submission, the residence requirement is simply a condition of the respondent's permanent employment and, consequently, its imposition falls within the municipality's sphere of competence.

The second preliminary issue concerns the notion of public order, first discussed by Baudouin J.A. in the Court of Appeal. The appellant argued that Baudouin J.A. erred in his treatment of public order inasmuch as he discussed the issue without any consideration of arts. 1379 and 1437 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, dealing respectively with adhesion contracts and abusive clauses. In the appellant's view, these provisions circumscribe the ambit of public order in the realm of contractual relations and, consequently, the notion of public order cannot be invoked apart

d'imposer une obligation générale de résidence. À l'appui de cette affirmation, l'intimée souligne que l'al. 65d) de la *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, prévoit expressément le pouvoir d'imposer une obligation de résidence aux membres des corps de police locaux. Elle prétend que l'attribution de ce pouvoir précis permet de conclure qu'il n'existe pas de pouvoir général analogue d'imposer une obligation de résidence à tous les employés municipaux. L'appelante riposte en invoquant l'art. 52.13 de la *Charte de la Ville de Longueuil* (modifiée par L.Q. 1982, ch. 81, art. 3), lequel est ainsi conçu:

52.13 Le greffier, le trésorier et les chefs de services et leurs adjoints, sauf le gérant, sont nommés par le conseil sur rapport du comité. Ce rapport peut être amendé ou rejeté à la majorité de tous les membres du conseil. Sur rapport du comité exécutif, le conseil peut, par le vote de la majorité absolue de ses membres, suspendre ces officiers, diminuer leur traitement ou les destituer.

Le conseil nomme aussi, sur rapport du comité, les autres officiers ou employés permanents.

Les employés temporaires sont nommés par le comité exécutif. [Je souligne.]

L'appelante, soulignant que le conseil municipal a le pouvoir d'embaucher les employés permanents, affirme que ce pouvoir comporte nécessairement celui de déterminer les conditions et modalités de l'emploi permanent. Pour elle, l'obligation de résidence n'est qu'une condition de l'emploi permanent de l'intimée et, par conséquent, le pouvoir de l'imposer relève du champ de compétence de la municipalité.

La deuxième question préliminaire concerne la notion d'ordre public, que le juge Baudouin a abordée le premier dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel. L'appelante soutient que le juge Baudouin a commis une erreur en analysant cette question sans tenir compte des art. 1379 et 1437 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, lesquels traitent respectivement des contrats d'adhésion et des clauses abusives. Selon l'appelante, ces dispositions délimitent la portée de l'ordre public en matière de relations contractuelles, et l'on ne saurait invoquer la notion d'ordre public sans s'y

from them. Moreover, the appellant argued that even if public order can properly be analysed apart from arts. 1379 and 1437 *C.C.Q.*, the matter at issue was one of “protective” (as opposed to “directive”) public order and that, as a result, the respondent was free to renounce the protection afforded to her as she saw fit; see B. Lefebvre, “Quelques considérations sur la notion d’ordre public à la lumière du Code civil du Québec”, in *Développements récents en droit civil (1994)*, 149, at pp. 149-60. The respondent, by contrast, contended (a) that the notion of public order is not limited to the terms of arts. 1379 and 1437 *C.C.Q.*; and (b) that even if it were, the residence requirement at issue would nonetheless constitute an abusive clause within the meaning of art. 1437 *C.C.Q.* On this basis, the respondent argued, Baudouin J.A. was correct in finding that the residence requirement was contrary to public order and, therefore, void.

42

In their written submissions, the parties gave considerable attention to both these arguments. This is understandable given the reasons for judgment of the majority of the Court of Appeal. In light of my conclusions in respect of both the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*, however, I do not consider it necessary to address either the *ultra vires* issue or the public order issue on their merits, and I decline to express any opinion about them. Instead, I propose to turn directly to an examination of the issues earlier set out.

(2) Issue 1: Whether the Residence Requirement Violates Section 7 of the Canadian Charter

(a) *Applicability of the Canadian Charter*

43

In cases where a party seeks to invoke the protection of the Canadian *Charter*, it is, of course, important to ensure that the *Charter* actually applies on the facts. The scope of *Charter*’s application is delineated by s. 32(1), which provides as follows:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parlia-

reporter. Elle ajoute que même s’il était possible d’analyser cette notion en faisant abstraction des art. 1379 et 1437 *C.C.Q.*, il s’agissait en l’espèce de l’ordre public de «protection» (par opposition à une règle «impérative») et que, par conséquent, l’intimée pouvait librement renoncer, si elle le jugeait bon, à la protection qui lui était offerte; voir B. Lefebvre, «Quelques considérations sur la notion d’ordre public à la lumière du Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit civil (1994)*, 149, aux pp. 149 à 160. L’intimée prétend au contraire que premièrement, la notion d’ordre public ne se limite pas au texte des art. 1379 et 1437 *C.C.Q.* et, deuxièmement, que même si tel était le cas, l’obligation de résidence en cause constituerait quand même une clause abusive au sens de l’art. 1437 *C.C.Q.* En conséquence, l’intimée affirme que le juge Baudouin avait raison de conclure que l’obligation de résidence contrevenait à l’ordre public et, de ce fait, était nulle.

Dans leur argumentation écrite, les parties ont amplement développé ces deux arguments, ce qui se comprend vu les motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel. J’estime toutefois, compte tenu des conclusions auxquelles je parviens au sujet de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, qu’il n’est nécessaire d’examiner au fond ni la question de l’*ultra vires* ni celle de l’ordre public, et je m’abstiens d’exprimer quelque opinion que ce soit à ce sujet. Plutôt, je procéderai directement à l’examen des questions exposées ci-dessus.

(2) Question 1: L’obligation de résidence contrevient-elle à l’art. 7 de la Charte canadienne?

a) *L’applicabilité de la Charte canadienne*

Lorsqu’une partie se réclame de la *Charte* canadienne, il importe, naturellement, de s’assurer que celle-ci s’applique bien dans les faits. C’est le par. 32(1) de ce texte de loi qui en définit la portée; il est ainsi rédigé:

32. (1) La présente charte s’applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris

ment including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Referring to this provision and to the jurisprudence decided under it, the appellant restated in this Court the application argument it had made in the Superior Court and in the Court of Appeal. Essentially, it contended that while municipalities may be subject to *Charter* scrutiny in respect of the “public” or “governmental acts” they undertake — such as adopting by-laws — they will nevertheless not be subject to the *Charter* in respect of the “private acts” they perform — such as setting the terms and conditions of employment for their employees. Positing that the imposition of the residence requirement in this case amounted to setting a term of employment — and hence to a “private act” — the appellant contended that the Canadian *Charter* finds no application here at all. Despite the success this argument has enjoyed in the courts below, I am of the opinion that it is misguided. My reasons for taking this view can best be explained through a brief review of the pertinent jurisprudence of this Court dealing with the scope of application of the Canadian *Charter*.

Perhaps the fullest discussion of the issue of *Charter* application is found in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and in its companion cases, *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483. There, this Court was asked to decide, *inter alia*, whether mandatory retirement policies adopted by certain universities and colleges (in *McKinney*, *Harrison* and *Douglas*) and by a hospital (in *Stoffman*) could be subjected to *Charter* review. In reiterating and elaborating upon the view taken by McIntyre J. in the seminal case of *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 (*viz.*, that the Canadian *Charter* applies to Parliament, to the provincial legislatures, and to entities that carry out executive (or “administrative”) functions of government, but not to pri-

ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législation.

Citant cette disposition ainsi que la jurisprudence issue de son application, l’appelante a repris le raisonnement qu’elle avait tenu devant la Cour supérieure et devant la Cour d’appel concernant l’application de la *Charte*. Elle a fait valoir, essentiellement, que si dans l’accomplissement de leurs actes «publics» ou «gouvernementaux», telle la prise de règlements, les municipalités peuvent être assujetties à un examen fondé sur la *Charte*, elles n’en sont pas moins soustraites à son application en ce qui concerne les «actes privés», comme l’établissement des conditions et modalités d’emploi de leurs employés. Affirmant qu’en imposant l’obligation de résidence elle fixait une condition d’emploi et accomplissait un «acte privé», l’appelante a soutenu que la *Charte* canadienne ne s’appliquait pas du tout en l’espèce. En dépit du succès qu’il a connu devant les juridictions inférieures, j’estime que cet argument n’est pas bien fondé. Je ne pourrais mieux expliquer les raisons d’une telle opinion qu’en passant brièvement en revue la jurisprudence pertinente de notre Cour relative au champ d’application de la *Charte* canadienne.

C’est probablement dans les arrêts *McKinney v. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et dans les pourvois connexes, *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, qu’on retrouve l’analyse la plus complète de la question de l’applicabilité de la *Charte*. Dans ces pourvois, notre Cour devait déterminer, notamment, si les politiques de retraite obligatoire adoptées par des universités et collèges (dans les affaires *McKinney*, *Harrison* et *Douglas*) et par un hôpital (dans l’affaire *Stoffman*) pouvaient donner lieu à un examen fondé sur la *Charte*. En reprenant et développant l’opinion exprimée par le juge McIntyre dans l’arrêt charnière *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 (selon laquelle la *Charte* canadienne s’applique au Parlement, aux législa-

vate parties), the majority in *McKinney, Harrison* and *Stoffman* found that the *Charter* did not apply on the facts, since the institutions whose policies were impugned were not themselves governmental in nature; nor were they putting into place a government programme or acting in a governmental capacity in adopting those policies.

45

In *Douglas*, by contrast, the same majority found that the Canadian *Charter* did apply to the mandatory retirement policy at issue, on the ground that Douglas College was, in light of its constituent statute, simply an emanation of government. I described the differences between *McKinney* and *Harrison*, on the one hand, and *Douglas*, on the other, at pp. 584-85 of the latter case:

As its constituent Act makes clear, the college is a Crown agency established by the government to implement government policy. Though the government may choose to permit the college board to exercise a measure of discretion, the simple fact is that the board is not only appointed and removable at pleasure by the government; the government may at all times by law direct its operation. Briefly stated, it is simply part of the apparatus of government both in form and in fact. In carrying out its functions, therefore, the college is performing acts of government, and I see no reason why this should not include its actions in dealing with persons it employs in performing these functions. Its status is wholly different from the universities in the companion cases of *McKinney* . . . and *Harrison* . . . which, though extensively regulated and funded by government, are essentially autonomous bodies. Accordingly, the actions of the college in the negotiation and administration of the collective agreement between the college and the association are those of the government for the purposes of s. 32 of the *Charter*. The *Charter*, therefore, applies to these activities.

46

Similar considerations to those underpinning the application analysis in *Douglas* arose in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2

tures provinciales et aux entités exerçant des fonctions exécutives (ou «administratives») du gouvernement mais non à des parties privées), les juges majoritaires ont statué, dans les arrêts *McKinney, Harrison* et *Stoffman*, que les faits ne donnaient pas ouverture à l'application de la *Charte*, car les établissements dont les politiques étaient contestées n'étaient pas eux-mêmes de nature gouvernementale et n'avaient pas adopté ces politiques en exécution d'un programme gouvernemental ni à titre gouvernemental.

Dans l'arrêt *Douglas*, par contre, les mêmes juges majoritaires ont conclu que la *Charte* canadienne s'appliquait à la politique de retraite obligatoire en cause, parce que la loi constitutive de l'établissement faisait de celui-ci une simple émanation du gouvernement. J'ai exposé les distinctions qui existaient entre les arrêts *McKinney* et *Harrison*, d'une part, et l'arrêt *Douglas*, d'autre part, aux pp. 584 et 585 de ce dernier arrêt:

Comme sa loi constitutive l'indique clairement, le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en œuvre une politique gouvernementale. Bien que le gouvernement puisse permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les membres du conseil sont nommés à titre amovible par le gouvernement et que celui-ci peut en tout temps régler le fonctionnement du collège par loi. En résumé, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental tant dans la forme que dans les faits. Par conséquent, dans l'exécution de ses fonctions, le collège exécute des actes gouvernementaux, et je ne vois aucune raison de ne pas inclure dans cela les mesures prises envers les personnes qu'il embauche pour exécuter ces fonctions. Son statut est tout à fait différent de celui des universités dans les pourvois connexes *McKinney* [. . .] et *Harrison* [. . .] qui, bien qu'elles soient considérablement réglementées et subventionnées par le gouvernement, sont essentiellement des organismes autonomes. Par conséquent, les actions du collège dans la négociation et l'application de la convention collective entre le collège et l'association sont celles du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Par conséquent, la *Charte* s'applique à ces activités.

Des considérations analogues à celles qui fondaient l'analyse de l'applicabilité de la *Charte* dans l'arrêt *Douglas* ont été abordées dans *Lavigne*

S.C.R. 211. There, the principal issue was whether a provision of a collective agreement compelling the appellant to pay union dues despite his non-membership in the respondent union violated the *Charter* guarantees of freedom of expression and association, insofar as the dues were being used to pay for specific political purposes chosen by the union. In addressing whether the collective agreement provision at issue was subject to *Charter* scrutiny at all, I found for the majority that the appellant's employer, the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology, was, by virtue of the terms of its empowering Act, essentially governmental in nature. Drawing a parallel with *Douglas*, I stated, at pp. 311-12:

[*Douglas*], like the present appeal, involved a collective agreement between the college and the Association (a union under the applicable legislation). There the Minister of Education by statute exercised a degree of control over the college that closely matched that exercised by the Ministry over the Council in the present case. It is true that in *Douglas* the college's constituent Act expressly described it as an agent of the Crown, whereas here the Act simply gives the Minister power to conduct and govern the colleges and in this endeavour the Minister is to be "assisted" by the Council. But the reality is the same. The government, through the Minister, has the same power of "routine or regular control", to use the expression of the majority of this Court, in *Harrison* . . . and *Stoffman* . . . , companion cases to *Douglas*.

On this basis, the majority found that the Council of Regents was subject to the *Charter*.

Comparing *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* on the one hand to *Douglas* and *Lavigne* on the other makes clear what I take to be an important idea governing the application of the Canadian *Charter* to entities other than Parliament, the provincial legislatures or the federal or provincial governments; namely, that where such entities are, in reality, "governmental" in nature — as evidenced by such things as the degree of government control exercised over them, or by the governmental quality of the functions they perform — they

c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211. Il fallait principalement déterminer si une disposition d'une convention collective obligeant l'appelant à acquitter une cotisation même s'il n'était pas membre du syndicat intimé contrevenait à la liberté d'expression et d'association garantie par la *Charte*, dans la mesure où ces cotisations servaient au financement de buts politiques précis déterminés par le syndicat. En examinant la question de savoir si cette disposition pouvait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*, j'ai conclu au nom des juges majoritaires que, de par sa loi habilitante, l'employeur de l'appelant, le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario, était essentiellement de nature gouvernementale. Dressant un parallèle avec l'arrêt *Douglas*, j'ai écrit, aux pp. 311 et 312:

Il s'agissait dans cette affaire, comme en l'espèce, d'une convention collective conclue entre le collège et l'association (un syndicat en vertu de la loi applicable). En vertu de la Loi, le ministre de l'Éducation exerçait sur le collège un certain degré de contrôle s'apparentant étroitement à celui qu'exerce le Ministre sur le Conseil dans le présent pourvoi. Il est vrai que, dans l'arrêt *Douglas*, la loi constitutive du collège le désignait expressément comme un mandataire de la Couronne, tandis que la Loi en l'espèce confère simplement au Ministre le pouvoir de régir les collèges et de bénéficier, à cette fin, de «l'aide» du Conseil. Mais la réalité est la même. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, y possède un pouvoir similaire de «contrôle routinier ou régulier», pour reprendre l'expression utilisée par notre Cour à la majorité dans les pourvois connexes à l'arrêt *Douglas*, *Harrison* [. . .] et *Stoffman*. . .

Les juges majoritaires ont donc statué que le Conseil des gouverneurs était assujéti à la *Charte*.

La comparaison entre les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* d'un côté et les arrêts *Douglas* et *Lavigne*, de l'autre, fait ressortir clairement ce qui me paraît être un principe important de l'applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux: lorsque ces entités sont en réalité de nature «gouvernementale» — en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu'elles

cannot escape *Charter* scrutiny. In other words, the ambit of s. 32 is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those that are formally part of the structure of the federal or provincial governments. This is not to say, of course, that the *Charter* applies only to those entities (other than Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial governments) that are, by their nature, governmental. Indeed, it may be that particular entities will be subject to *Charter* scrutiny in respect of certain governmental activities they perform, even if the entities themselves cannot accurately be described as “governmental” *per se*; see, e.g., *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (Div. Ct.), at p. 157, where Callaghan J. held for the majority that even though the Law Society of Upper Canada is not itself governmental in nature, it may nevertheless be subject to the *Charter* in performing what amount to governmental functions. Rather, it is simply to say that where an entity can accurately be described as “governmental in nature”, it will be subject in its activities to *Charter* review. Thus, the *Charter* applied to Douglas College (in *Douglas*) and to the Council of Regents (in *Lavigne*) because those bodies were wholly controlled by government and were, in essence, emanations of the provincial legislatures that created them. Since the same could not be said of the institutions under examination in *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* (and since none of those institutions was implementing a specific government policy or programme in adopting its mandatory retirement regulations), the *Charter* did not apply in those cases.

exécutent — elles ne peuvent se soustraire à l’examen fondé sur la *Charte*. En d’autres termes, l’art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d’application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que la *Charte* ne s’applique qu’aux entités (autres que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral ou provinciaux) qui sont de nature gouvernementale. Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu’elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme «gouvernementales»; voir, par exemple, *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (C. div.), à la p. 157, où le juge Callaghan, s’exprimant au nom de la majorité, a statué que même si le Barreau du Haut-Canada n’était pas lui-même une entité de nature gouvernementale, il pouvait néanmoins être assujetti à la *Charte* relativement à l’exécution de fonctions assimilables à des fonctions gouvernementales. Cela signifie simplement que lorsqu’on peut correctement dire d’une entité qu’elle est de «nature gouvernementale», ses activités pourront être examinées en fonction de la *Charte*. C’est pourquoi la *Charte* s’est appliquée au collège Douglas (dans l’arrêt *Douglas*) et au Conseil des gouverneurs (dans l’arrêt *Lavigne*); ces organismes étaient entièrement contrôlés par le gouvernement et étaient essentiellement des émanations de la législature provinciale qui les avait créés. Comme on ne pouvait par ailleurs porter le même jugement sur les établissements en cause dans les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* (et comme aucun d’eux ne mettait en œuvre un programme ou une politique gouvernemental déterminé en adoptant son régime de retraite obligatoire), la *Charte* ne s’appliquait pas à eux.

The possibility that the Canadian *Charter* might apply to entities other than Parliament, the provincial legislatures and the federal or provincial governments is, of course, explicitly contemplated by

Naturellement, le texte du par. 32(1) prévoit explicitement la possibilité que la *Charte* canadienne s’applique à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouverne-

the language of s. 32(1) inasmuch as entities that are controlled by government or that perform truly governmental functions are themselves “matters within the authority” of the particular legislative body that created them. Moreover, interpreting s. 32 as including governmental entities other than those explicitly listed therein is entirely sensible from a practical perspective. Were the *Charter* to apply only to those bodies that are institutionally part of government but not to those that are — as a simple matter of fact — governmental in nature (or performing a governmental act), the federal government and the provinces could easily shirk their *Charter* obligations by conferring certain of their powers on other entities and having those entities carry out what are, in reality, governmental activities or policies. In other words, Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial executives could simply create bodies distinct from themselves, vest those bodies with the power to perform governmental functions and, thereby, avoid the constraints imposed upon their activities through the operation of the *Charter*. Clearly, this course of action would indirectly narrow the ambit of protection afforded by the *Charter* in a manner that could hardly have been intended and with consequences that are, to say the least, undesirable. Indeed, in view of their fundamental importance, *Charter* rights must be safeguarded from possible attempts to narrow their scope unduly or to circumvent altogether the obligations they engender.

I pause here to reiterate an important observation made in the cases discussed earlier concerning how the notion of “government” is to be understood. The mere fact that an entity performs what may loosely be termed a “public function” will not by itself mean that the body under examination is “governmental” in nature. Thus, with specific reference to the distinction between the applicability of the *Charter*, on the one hand, and the susceptibility of public bodies to judicial review, on the other, I stated as follows, at p. 268 of *McKinney*:

ments fédéral et provinciaux, car les entités faisant l’objet d’un contrôle gouvernemental ou exécutant des fonctions véritablement gouvernementales ressortissent elles-mêmes aux «domaines relevant» de l’assemblée législative qui les a créées. D’un point de vue pratique, en outre, il est tout à fait sensé d’interpréter l’art. 32 comme incluant d’autres entités gouvernementales que celles qui y sont expressément énumérées. Si la *Charte* devait en effet ne s’appliquer qu’aux organismes faisant institutionnellement partie du gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d’autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n’auraient qu’à créer des organismes distincts d’eux et à leur conférer le pouvoir d’exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d’une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent.

Je rappelle, en passant, une importante observation formulée dans les arrêts examinés ci-dessus, au sujet de la définition de la notion de «gouvernement». Le simple fait qu’une entité exécute des fonctions qu’on peut vaguement qualifier de «publiques» ne signifie pas en soi que l’organisme en cause est de nature «gouvernementale». C’est pourquoi, dans l’arrêt *McKinney*, j’ai tenu, sur le sujet précis de la distinction existant entre l’applicabilité de la *Charte* et l’assujettissement des organismes publics au contrôle judiciaire, les propos suivants, à la p. 268:

It was not disputed that the universities are statutory bodies performing a public service. As such, they may be subjected to the judicial review of certain decisions, but this does not in itself make them part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. . . . In a word, the basis of the exercise of supervisory jurisdiction by the courts is not that the universities are government, but that they are public decision-makers. [Emphasis added.]

In order for the Canadian *Charter* to apply to institutions other than Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial governments, then, an entity must truly be acting in what can accurately be described as a “governmental” — as opposed to a merely “public” — capacity. The factors that might serve to ground a finding that an institution is performing “governmental functions” do not readily admit of any *a priori* elucidation. Nevertheless, and as I stated further on in *McKinney* (at p. 269), “[a] public purpose test is simply inadequate” and “is simply not the test mandated by s. 32”.

50

Having set out what I take to be the guiding principles, I turn now to examine directly the *Charter* application issues in this appeal. The main issue concerns whether the Canadian *Charter* applies to municipalities — like the appellant — at all. To my mind, the analysis I have undertaken thus far leads inexorably to the conclusion that it does. While this Court has never before expressly endorsed that proposition, we have done so inferentially, inasmuch as we have already applied the *Charter* to municipal by-laws without specifically engaging in an analysis of the application issue; see *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084. Moreover, the view that municipalities are subject to the *Charter* is not only sound, but also wholly consistent with the case law I have been discussing. Indeed, municipalities — though institutionally distinct from the provincial governments that create them — cannot but be described as “governmental entities”. I base this finding on a number of considerations.

On n’a pas contesté que les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public. Comme telles, certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire, mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l’art. 32 de la *Charte*. [. . .] Bref, ce qui justifie l’exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics. [Je souligne.]

Pour que la *Charte* canadienne s’applique à une institution autre que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral et provinciaux, il faut que l’entité accomplisse véritablement des actes pouvant être correctement qualifiés de «gouvernementaux» et non pas simplement de «publics». Les facteurs permettant de conclure à l’exécution de «fonctions gouvernementales» laissent peu de place à l’*a priori*. Il n’en reste pas moins que «[l]e critère de l’objet public est simplement inadéquat» et que ce «n’est tout simplement pas le critère qu’impose l’art. 32», comme je l’ai précisé dans l’arrêt *McKinney*, à la p. 269.

Après avoir énoncé ce que je considère être les principes directeurs, je passe maintenant à l’examen des questions relatives à l’application de la *Charte* soulevées par le présent pourvoi. Il s’agit principalement de déterminer si la *Charte* canadienne s’applique aux municipalités comme l’appelante, et l’analyse à laquelle j’ai procédé jusqu’ici m’amène inexorablement à conclure qu’elle s’applique. Si la Cour n’a pas jusqu’à présent entériné expressément une telle proposition, elle l’a du moins approuvée indirectement, ne serait-ce qu’en soumettant des règlements municipaux à la *Charte* sans examiner explicitement la question de l’applicabilité; voir *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. Au surplus, non seulement l’opinion selon laquelle les municipalités sont assujetties à la *Charte* est-elle sensée, elle est aussi entièrement compatible avec la jurisprudence dont il vient d’être question. Effectivement, on ne peut faire autrement que de voir les municipalités comme des «entités gouvernementales», même si elles sont institutionnellement distinctes des gouvernements provinciaux qui les ont créées. Plusieurs considérations fondent cette conclusion.

First, municipal councils are democratically elected by members of the general public and are accountable to their constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to the electorates they represent. To my mind, this itself is a highly significant (although perhaps not a decisive) indicium of “government” in the requisite sense. Secondly, municipalities possess a general taxing power that, for the purposes of determining whether they can rightfully be described as “government”, is indistinguishable from the taxing powers of Parliament or the provinces. Thirdly, and importantly, municipalities are empowered to make laws, to administer them and to enforce them within a defined territorial jurisdiction. Thus, while I expressed no specific opinion in *McKinney* as to whether municipalities are, in fact, subject to the *Charter*, I nevertheless had this to say, at p. 270 of that case:

... I agree with the Court of Appeal that, if the *Charter* covers municipalities, it is because municipalities perform a quintessentially governmental function. They enact coercive laws binding on the public generally, for which offenders may be punished. ... [Emphasis added.]

Finally, and most significantly, municipalities derive their existence and law-making authority from the provinces; that is, they exercise powers conferred on them by provincial legislatures, powers and functions which they would otherwise have to perform themselves. Since the Canadian *Charter* clearly applies to the provincial legislatures and governments, it must, in my view, also apply to entities upon which they confer governmental powers within their authority. Otherwise, provinces could (in the manner outlined earlier) simply avoid the application of the *Charter* by devolving powers on municipal bodies.

This last point was discussed in some detail in *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652 (H.C.), where, in considering the very question of whether municipalities are subject

Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Cela me paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu’il s’agit de «gouvernements» au sens requis. Deuxièmement, les municipalités jouissent d’un pouvoir général de taxation qui, pour ce qui est de déterminer si on peut légitimement les considérer comme des entités «gouvernementales», ne se distingue pas des pouvoirs de taxation que le Parlement ou les provinces exercent. Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d’établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d’un territoire déterminé. C’est pourquoi dans l’arrêt *McKinney*, sans trancher expressément la question de savoir si les municipalités étaient de fait assujetties à la *Charte*, je n’en ai pas moins affirmé, à la p. 270:

... je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que si la *Charte* vise les municipalités, c’est parce que les municipalités exercent une fonction purement gouvernementale. Elles adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent ... [Je souligne.]

Enfin, et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer; c’est-à-dire qu’elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. Comme la *Charte* canadienne s’applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s’appliquer aussi, selon moi, aux entités qu’ils investissent de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient (de la manière décrite précédemment) éviter tout simplement l’application de la *Charte* en attribuant certains pouvoirs aux municipalités.

Ce dernier point a fait l’objet d’un examen assez approfondi dans la décision *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652 (H.C.). Le juge Linden (maintenant juge de la Cour d’ap-

to the *Charter*, Linden J. (as he then was) stated, at p. 662:

Counsel for the respondents point out that there is no express mention of municipal governments and their by-laws in s. 32 which provides that the Charter applies to the Parliament and Government of Canada and the Legislature and government of each province. Absent a specific reference to municipal governments in s. 32(1), it is contended, that [*sic*] the Charter does not apply to them

This cannot be the case, for it would permit circumvention of the Charter through delegation to any body that is not classified as part of the Government of Canada or of a province. This is contrary to the tenor of s. 32(1), which provides that subordinates (the Governments of Canada and of each province) cannot do that which their principals (Parliament and the Legislatures) cannot do. It must be that more junior subordinates, like municipalities, are to be similarly bound by the Charter.

Further on, at p. 663, Linden J. continued:

Municipalities, though a distinct level of government for some purposes, have no constitutional status; they are merely “creatures of the legislature”, with no existence independent of the Legislature or government of the province. Hence, just as the provincial Legislatures and governments are bound by the Charter, so too are municipalities, whose by-laws and other actions must be considered, for the purposes of s. 32(1), as actions of the provincial government which gave them birth.

While I have some reservations with respect to characterizing the provinces as the “principals” of municipalities (inasmuch as municipalities have distinct political mandates and hence are not truly “agents” of the province) I am in general agreement with the thrust of Linden J.’s comments.

53

I would add one further thought at this point. This approach appears entirely consistent with the traditional legal status of municipalities as governmental bodies. Before the Canadian *Charter*, the courts had interpreted the powers conferred on municipalities by the provinces as being restricted

pel fédérale), statuant justement sur la question de savoir si les municipalités étaient assujetties à la *Charte*, a écrit, à la p. 662:

[TRADUCTION] L’avocat des intimés souligne que l’art. 32, qui prévoit que la *Charte* s’applique au Parlement et au gouvernement du Canada et à la législature et au gouvernement de chaque province, ne fait pas expressément mention des gouvernements municipaux et de leurs règlements. Il prétend que les gouvernements municipaux n’étant pas expressément mentionnés au par. 32(1), la *Charte* ne s’applique pas à eux . . .

Cette conclusion ne tient pas, car elle permettrait de tourner la *Charte* en déléguant des pouvoirs à un organisme n’appartenant pas au gouvernement du Canada ou d’une province. Cette possibilité n’est pas compatible avec la teneur du par. 32(1) selon lequel les autorités subordonnées (les gouvernements du Canada et de chaque province) ne peuvent faire ce que leurs mandants (le Parlement ou les législatures provinciales) ne peuvent faire eux-mêmes. Il faut nécessairement que des subordonnés de rang encore moins élevé, comme les municipalités, soient pareillement assujettis à la *Charte*.

Le juge Linden a ajouté plus loin, à la p. 663:

[TRADUCTION] Bien que les municipalités constituent, pour certaines fins, un niveau de gouvernement distinct, elles ne jouissent d’aucun statut constitutionnel; elles sont simplement des «créatures des législatures» qui n’ont aucune existence indépendante de la législature ou du gouvernement d’une province. Ainsi, comme les législatures et les gouvernements provinciaux, elles sont assujetties à la *Charte*, et leurs règlements et autres actes doivent être considérés, pour l’application du par. 32(1), comme des actes du gouvernement provincial qui les a créées.

Bien que j’aie quelques réserves à qualifier les provinces de «mandants» des municipalités (dans la mesure où les municipalités remplissent des mandats politiques distincts et ne sont donc pas véritablement des «mandataires» de la province), je suis généralement d’accord avec l’essentiel des commentaires du juge Linden.

J’ajouterais une dernière remarque. Cette solution semble en tout point compatible avec le statut juridique traditionnel des municipalités comme organismes gouvernementaux. Avant l’adoption de la *Charte* canadienne, les tribunaux avaient jugé que les pouvoirs conférés aux municipalités par les

to making by-laws that were “reasonable”, the general effect of which was to limit municipalities from encroaching on individual rights; see *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; and *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, where the by-laws at issue were declared *ultra vires* (in whole or in part) because they unreasonably discriminated between classes of persons. See also *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), at pp. 99-100, *per* Lord Russell of Killowen C.J., and *City of Halifax v. Read*, [1928] S.C.R. 605, at pp. 612-13, *per* Newcombe J. While the by-laws at issue in the latter cases were upheld, the idea that the reasonableness doctrine serves to protect individual rights is apparent from the passages cited. In the *Charter* age, it seems wholly fitting that “reasonableness” should be read in light of what the *Charter* has to say about the rights of the individual. And an attempt by the legislature to so express a municipal statute as to permit a municipality to breach *Charter* rights would, it seems to me, itself be contrary to the *Charter* mandate.

The approach I have taken to the relation of municipalities to the provinces finds further support, I think, in the reasoning underlying this Court’s decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. There, we had to decide, *inter alia*, whether the Canadian *Charter* applied to the discretionary orders of a statutorily appointed arbitrator. Speaking for the Court on this issue, Lamer J. (as he then was) stated, at pp. 1077-78:

The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily

provinces se limitaient à la prise de règlements «raisonnables», ce qui avait eu comme effet général de prévenir l’empiètement des municipalités sur les droits individuels; voir *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, et *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, où les règlements en cause ont été déclarés *ultra vires* (en totalité ou en partie) parce qu’ils établissaient des distinctions déraisonnables entre diverses catégories de personnes. Voir également *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (C. div.), aux pp. 99 et 100, le juge en chef Lord Russell of Killowen, et *City of Halifax c. Read*, [1928] R.C.S. 605, aux pp. 612 et 613, le juge Newcombe. Bien que les règlements en cause dans ces dernières affaires aient été jugés valides, il ressort clairement des passages cités que la thèse du caractère raisonnable sert à protéger les droits individuels. À l’ère de la *Charte*, il n’est que juste que le «caractère raisonnable» s’apprécie en fonction de ce que prévoit la *Charte* au sujet des droits individuels. Toute tentative d’une législature pour rédiger une loi municipale de façon à permettre à une municipalité de porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* irait elle-même, il me semble, à l’encontre de l’objet de la *Charte*.

Ma façon de voir la relation entre les municipalités et les provinces est en outre étayée, je crois, par le raisonnement sous-tendant l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Dans ce pourvoi, notre Cour devait déterminer, notamment, si la *Charte* canadienne s’appliquait aux ordonnances discrétionnaires d’un arbitre désigné sous l’autorité de la loi. Rendant jugement pour la Cour sur cette question, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a écrit, aux pp. 1077 et 1078:

Le fait que la *Charte* s’applique à l’ordonnance rendue par l’arbitre en l’espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L’arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d’une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d’interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu’il soit nécessairement impli-

implied. . . . Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*. . . . [Emphasis added.]

While the application issues in *Slaight* and those in the present case are by no means identical, they can profitably be understood to share at least one salient feature; viz., both labour arbitrators (such as the one in *Slaight* itself) and municipalities (such as the appellant) exercise governmental powers conferred upon them by the appropriate legislative body. To be sure, the nature and scope of those powers is different. As regards the arbitrator in *Slaight*, the delegated power consisted in the discretion to make orders in the settlement of particular labour disputes. As regards municipalities, it consists in the much broader discretion to adopt and enforce coercive laws binding on a defined territory. In both cases, however, the ultimate source of authority is government *per se* and, consequently, the entity under scrutiny will be kept in check through the application of the *Charter*, just as government itself would be were it performing the functions conferred.

cite [. . .] Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte*. . . [Je souligne.]

Bien que les questions relatives à l'application de la *Charte* soulevées par la présente espèce soient loin d'être identiques à celles qui se posaient dans l'arrêt *Slaight*, on peut trouver aux deux affaires une caractéristique commune prédominante qui éclaire l'analyse, savoir le fait que les arbitres du travail (comme celui de l'arrêt *Slaight*) et les municipalités (comme l'appelante) exercent tous des pouvoirs gouvernementaux qui leur ont été attribués par l'assemblée législative compétente. À n'en pas douter, la nature et la portée de ces pouvoirs ne sont pas les mêmes. Le pouvoir qui avait été délégué à l'arbitre, dans l'arrêt *Slaight*, était le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances afin de régler des différends en matière de travail. Les municipalités, quant à elles, disposent du pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large, d'établir et de mettre en application des règles ayant force de loi dans un territoire déterminé. Dans les deux cas, toutefois, leur pouvoir procède en définitive du gouvernement *per se* et, par conséquent, l'entité en cause sera assujettie à l'application de la *Charte* comme le gouvernement lui-même le serait, s'il exécutait les fonctions conférées.

55

For all these reasons, then, I am firmly of the opinion that the Canadian *Charter* applies to municipalities. But what of the appellant's submission that the *Charter* should not apply because the activity in question — i.e., the imposition of the residence requirement — is a “private” as opposed to a “governmental” act? As I have already suggested, I cannot accept this distinction. The particular modality a municipality chooses to adopt in advancing its policies cannot shield its activities from *Charter* scrutiny. All the municipality's powers are derived from statute and all are of a governmental character; see the cited passage from *Slaight, supra*. An act performed by an entity that is governmental in nature is, to my mind, necessarily “governmental” and cannot properly be viewed as “private” at all. I set out my reasons for

Je crois donc fermement, pour toutes ces raisons, que la *Charte* canadienne s'applique aux municipalités. L'appelante, toutefois, fait valoir que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer parce que l'activité en cause — l'imposition de l'obligation de résidence — est un acte «privé» et non «gouvernemental». Comme je l'ai déjà indiqué, je ne puis accepter cette distinction. Les moyens choisis par la municipalité pour donner corps à ses politiques ne peuvent mettre ses activités à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Tous les pouvoirs des municipalités sont d'origine législative et tous revêtent un caractère gouvernemental (voir l'extrait précité de l'arrêt *Slaight*). À mon avis, l'acte accompli par une entité de nature gouvernementale est nécessairement «gouvernemental» et ne saurait être légitimement considéré comme «privé». J'ai

taking this view in *Lavigne, supra*, where (as I noted earlier) I found for the majority that a provision of a collective agreement — i.e., a contractual term — was subject to *Charter* scrutiny on the basis that the body responsible for negotiating the agreement (the Council of Regents) was, itself, essentially governmental in nature. At p. 314 of the judgment, I stated:

It was also argued that the *Charter* does not apply to government when it engages in activities that are . . . “private, commercial, contractual or non-public (in) nature”. In my view, this argument must be rejected. In today’s world it is unrealistic to think of the relationship between those who govern and those who are governed solely in terms of the traditional law maker and law subject model. We no longer expect government to be simply a law maker in the traditional sense; we expect government to stimulate and preserve the community’s economic and social welfare. In such circumstances, government activities which are in form “commercial” or “private” transactions are in reality expressions of government policy, be it the support of a particular region or industry, or the enhancement of Canada’s overall international competitiveness. In this context, one has to ask: why should our concern that government conform to the principles set out in the *Charter* not extend to these aspects of its contemporary mandate? To say that the *Charter* is only concerned with government as law maker is to interpret our Constitution in light of an understanding of government that was long outdated even before the *Charter* was enacted.

This rationale is as pertinent to municipalities like the appellant as to the Council of Regents in *Lavigne*. I therefore find that the Canadian *Charter* applies to the residence requirement at issue in this case.

One final point should be added. As I explained earlier, refusing to subject entities acting in a governmental capacity to *Charter* scrutiny would permit governments to avoid the *Charter* by conferring governmental powers on non-governmental bodies. It seems clear to me that the same situation could arise if entities that are governmental in

exposé les raisons qui motivent cette prise de position dans l’arrêt *Lavigne*, précité, où (comme je l’ai déjà mentionné) j’ai statué au nom des juges majoritaires qu’une disposition d’une convention collective — une clause contractuelle, donc — était assujettie à un examen fondé sur la *Charte* parce que l’organisme chargé de négocier l’entente (le Conseil des gouverneurs) était lui-même essentiellement de nature gouvernementale. À la p. 314 de l’arrêt, j’ai écrit:

On a également soutenu que la *Charte* ne s’applique pas au gouvernement lorsqu’il exerce des activités qui sont [. . .] [TRADUCTION] «privées, commerciales, contractuelles ou non publiques par nature». À mon avis, cet argument doit être rejeté. Dans le monde d’aujourd’hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujetti à la loi. Nous ne voulons plus d’un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu’il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations «commerciales» ou «privées» sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu’il s’agisse de l’appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l’amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la *Charte* ne s’étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la *Charte* ne vise que le gouvernement en tant que législateur revient à interpréter notre Constitution à la lumière d’une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l’adoption de la *Charte*.

Ce raisonnement est tout aussi applicable aux municipalités, telle l’appelante, qu’il l’était au Conseil des gouverneurs dans l’arrêt *Lavigne*. Je conclus donc que la *Charte* canadienne s’applique à l’obligation de résidence visée en l’espèce.

Il convient d’ajouter une dernière observation. Comme je l’ai déjà expliqué, le refus d’assujettir à un examen fondé sur la *Charte* des entités agissant à titre gouvernemental permettrait aux gouvernements d’échapper à la *Charte* en conférant des pouvoirs gouvernementaux à des organismes non gouvernementaux. Il me paraît clair que la même

nature (or, for that matter, governments themselves) were not subjected to *Charter* scrutiny in respect of all their activities, including those that could — if they had been performed by a non-governmental entity — plausibly be described as “private”. Stated simply, a government or an entity acting in a governmental capacity could circumvent the *Charter* not simply by granting certain of its powers to other entities, but also by itself pursuing governmental initiatives through means other than the traditional mechanism of government action — i.e., the formal enactment of coercive laws. I discussed this issue in my reasons in *Douglas*, at p. 585:

The fact that the collective agreement was agreed to by the appellant association does not alter the fact that the agreement was entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating *Charter* rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated. The transparency of the device can be seen if one contemplates a government contract discriminating on the ground of race rather than age.

The same reasoning applies in the context of the present case. Were the *Charter* not to apply to all activities of governmental entities, the municipal resolutions pursuant to which the residence requirement was imposed on the appellant’s permanent employees would not be subject to the *Charter*, while precisely the same requirement implemented through the formal mechanism of a by-law would be. The difficulties to which such an approach could give rise are sufficiently obvious as to require no further explanation.

57

The foregoing analysis, in my view, adequately disposes of the application question in this case. For the reasons I have given, the residence requirement imposed by the appellant — a requirement which might, if it had been implemented by a non-governmental body, properly be considered a “private” condition of employment — is susceptible to *Charter* scrutiny, inasmuch as the appellant

situation peut se produire si toutes les activités des entités de nature gouvernementale (ou des gouvernements eux-mêmes, d’ailleurs) ne sont pas soumises à un examen fondé sur la *Charte*, y compris celles qui pourraient vraisemblablement être qualifiées de «privées» si elles étaient accomplies par une entité non gouvernementale. En termes simples, il serait possible pour un gouvernement ou une entité exerçant des fonctions gouvernementales de contourner la *Charte* non seulement en conférant certains pouvoirs à d’autres entités mais également en s’écartant, dans la réalisation des projets gouvernementaux, du mécanisme traditionnel d’action gouvernementale, savoir l’adoption formelle de lois coercitives. Dans l’arrêt *Douglas*, j’ai analysé cette question, aux pp. 585 et 586:

Même si l’association intimée a donné son accord à la convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l’a conclue en vertu d’un pouvoir conféré par la loi et qu’elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la *Charte* au moyen de contrats et d’ententes conclus avec d’autres personnes ou organismes. Le moyen est transparent si l’on pense à un contrat gouvernemental qui établirait une discrimination fondée sur la race plutôt que sur l’âge.

On peut faire le même raisonnement dans le présent pourvoi. Dans l’hypothèse où la *Charte* ne s’appliquerait pas à toutes les activités des entités gouvernementales, les résolutions municipales imposant l’obligation de résidence aux employés permanents de l’appelante ne seraient pas assujetties à la *Charte*, tandis que l’imposition de la même obligation par l’intermédiaire du mécanisme formel de la réglementation, le serait. Les problèmes que suscite une telle solution sont suffisamment évidents pour rendre superflue toute explication supplémentaire.

Je suis d’avis que l’analyse qui précède permet adéquatement de trancher la question de l’application de la *Charte* en l’espèce. Pour les motifs que j’ai exposés, l’obligation de résidence imposée par l’appelante — laquelle pourrait légitimement être considérée comme une condition d’emploi «privée» si elle avait été mise en œuvre par une entité non gouvernementale — est susceptible d’examen

municipality is governmental in nature and, as such, is subject in all its activities to *Charter* review. As I noted earlier, the substance of the respondent's *Charter* claim is that the residence requirement infringes her right to liberty under s. 7 in a manner that fails to accord with the principles of fundamental justice. I turn now to an examination of the issues raised by that claim.

(b) *The Liberty Interest Under Section 7*

Before it is even possible to decide whether the respondent's s. 7 rights were infringed in a manner that contravenes fundamental justice, it is necessary to establish that the interest in respect of which she asserted her claim falls within the ambit of s. 7's protection. For convenience, I set out s. 7 here:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The respondent took the position that the right to "liberty" enshrined in s. 7 includes within it a right to make fundamentally personal choices free from state interference and that choosing where to establish one's home falls within the scope of that right. The appellant, whose submissions were echoed by the *mis en cause* Attorney General of Quebec, tried to impugn this position in two ways. First, it contended that the right actually asserted by the respondent was not a right to choose where to establish her home at all, but rather an economic right in the nature of a "right to work", and that such a right did not fall within the ambit of s. 7 liberty guarantee. Alternatively, the appellant submitted that even if the right asserted by the respondent was a right to choose freely where to make her home, that right would similarly not be protected under s. 7. To my mind, neither of the appellant's arguments can succeed.

The appellant's first argument can, I think, be addressed relatively quickly. As should be clear, the success of the claim rests on the premise that the respondent has mischaracterized the nature of

sous le régime de la *Charte* dans la mesure où la municipalité appelante est de nature gouvernementale et, à ce titre, est assujettie, quant à toutes ses activités, à l'application de la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, l'intimée soutient essentiellement, relativement à la *Charte*, que l'obligation de résidence porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7, d'une manière non conforme avec les principes de justice fondamentale. Voyons maintenant les questions soulevées par cet argument.

b) *Le droit à la liberté reconnu à l'art. 7*

Avant même de pouvoir déterminer s'il a été porté atteinte aux droits de l'intimée garantis par l'art. 7 sans que les règles de justice fondamentale aient été respectées, il faut établir que la protection octroyée par cette disposition s'étend bien au droit dont elle se réclame. Par souci de commodité, je reproduis ici l'art. 7:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

L'intimée soutient que le droit à la «liberté» garanti par l'art. 7 comprend le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans intervention de l'État, et que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie des décisions ainsi protégées. L'appelante, dont la thèse est reprise par le procureur général du Québec, mis en cause, a tenté de réfuter cet argument de deux façons. Elle a plaidé d'abord que le droit que l'intimée fait valoir dans les faits n'est pas celui de choisir un lieu pour établir sa demeure, mais plutôt un droit économique de la nature du «droit de travailler», lequel n'est pas protégé par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7. Subsidièrement, l'appelante a affirmé que même si le droit revendiqué est celui de choisir librement un lieu pour établir sa demeure, ce droit n'est pas protégé non plus sous le régime de l'art. 7. Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne peuvent être retenus, selon moi.

J'estime que le premier argument de l'appelante n'appelle pas un long traitement. Il devrait être clair que le succès de cet argument repose sur la prémisse voulant que l'intimée ait mal qualifié le

the right in respect of which she seeks the *Charter's* protection, an issue that is quite separate from the further question of whether economic rights are protected by the s. 7 liberty guarantee. Thus, if the appellant is to prevail on the s. 7 issue based on the contention that economic rights are not included within the ambit of the right to liberty, it must first establish that the right at issue is, as it claims, an economic right in the nature of a "right to work" and not, as the respondent asserts, a right to make an unfettered decision as to where to establish her home.

⁶⁰ Admittedly, a certain degree of support for this line of argument can be garnered from some American case law dealing specifically with challenges to municipal residence requirements. In *Ector v. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973), for example, Mosk J. of the Supreme Court of California considered the constitutionality of a residence requirement imposed by the respondent city on the appellant, a municipally employed librarian. Affirming the decision of the Superior Court in which the appellant's petition was denied, he cited *Kennedy v. City of Newark*, 148 A.2d 473 (N.J. 1959), and stated as follows, at pp. 437-38:

[A]ppellant asks us in effect to declare a fundamental right to be "let alone" in the choice of his place of residence. We are not unsympathetic to that Thoreauvian goal, although we fear that in this day of land-use planning, zoning, and environmental controls, it may be increasingly difficult to achieve. Nevertheless, as Chief Justice Weintraub of New Jersey explained, in this type of case "The question is not whether a man is free to live where he will. Rather the question is whether he may live where he wishes and at the same time insist upon employment by government." . . . No such "fundamental right" is expressed or implied in the Constitution, and it is not the province of the courts to create substantive constitutional rights in the name of guaranteeing equal protection of the laws. [Emphasis added; citation omitted.]

A similar view appears to have been taken by the United States Supreme Court in *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976). There, that court had to decide whether a Philadelphia municipal regulation was unconstitu-

droit à l'égard duquel elle invoque la protection de la *Charte*, une question qui se distingue substantiellement de celle de savoir si les droits économiques sont effectivement protégés par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7. Ainsi, pour imposer sa thèse relative à l'art. 7 en arguant que les droits économiques ne sont pas compris dans le droit à la liberté, l'appelante doit d'abord établir que le droit en question, est bien, comme elle le prétend, un droit économique de la nature du «droit de travailler» et non, comme le soutient l'intimée, le droit de décider librement où établir sa demeure.

Je reconnais que quelques décisions judiciaires américaines portant expressément sur la contestation d'exigences municipales en matière de résidence appuient cette thèse jusqu'à un certain point. Dans la décision *Ector c. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973), par exemple, le juge Mosk de la Cour suprême de la Californie a examiné la constitutionnalité d'une obligation de résidence imposée à l'appellant, bibliothécaire municipal, par la ville intimée. Confirmant la décision de la Cour supérieure de rejeter la demande de l'appellant, le juge Mosk a cité la décision *Kennedy c. City of Newark*, 148 A.2d 473 (N.J. 1959), et a exprimé ce qui suit, aux pp. 437 et 438:

[TRADUCTION] [L]'appelant nous demande en effet de reconnaître l'existence du droit fondamental de «choisir en paix» son lieu de résidence. Nous ne sommes pas fermés à cet objectif à la Thoreau, bien qu'il nous paraisse, en cette époque d'aménagement du territoire, de zonage et de contrôles environnementaux, de plus en plus difficile à atteindre. Quoi qu'il en soit, comme le juge en chef Weintraub (New Jersey) l'a expliqué, dans ce type d'affaire: «La question n'est pas de savoir si chacun peut vivre où il l'entend; il s'agit plutôt de déterminer si chacun peut vivre où il l'entend tout en exigeant d'être employé par le gouvernement.» [. . .] Aucun «droit fondamental» semblable n'est prévu, expressément ni implicitement, dans la Constitution, et il n'appartient pas aux tribunaux de créer des droits fondamentaux constitutionnels dans le but de garantir l'égalité de protection de la loi. [Je souligne; citation omise.]

La Cour suprême des États-Unis semble avoir pris une position semblable dans l'affaire *McCarthy c. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976). Elle devait déterminer si un règlement de la ville de Philadelphie était inconstitutionnel

tional as a violation of the plaintiff's right to interstate travel. In describing the plaintiff's position but rejecting his claim, the court found, at pp. 646-47, that he was trying to assert "a constitutional right to be employed by the city of Philadelphia while he is living elsewhere". (Underlining added; italics in original.)

In light of these comments, the argument advanced by the appellant might, at first, seem tenable. A closer analysis, however, reveals that the appellant's position — and, with respect, the position apparently taken in the American case law just cited — is flawed. In seeking to impugn the residence restriction imposed upon her, the respondent is not, as the appellant alleges, surreptitiously trying to assert a constitutionally protected "right to employment" with the City of Longueuil. She is, instead, claiming that her ability to take an unfettered decision as to where she wishes to live — an ability which, she argues, enjoys the status of a constitutionally protected right — ought not to be denied her simply because she has chosen to earn her living by working for the appellant municipality. This is clear, I think, inasmuch as the respondent does not challenge the very fact of her termination as being contrary to her s. 7 liberty interest; rather, she seeks to impugn the basis upon which that termination was purportedly justified; viz., the residence restriction itself. Put another way, the respondent's real complaint is not simply that she was dismissed from the appellant's employ, but rather that she was dismissed because she exercised (what she claims is) a constitutionally protected right to choose her place of residence as she sees fit. In light of these considerations, I am satisfied that the respondent's *Charter* claim does not implicate any notion of a constitutional "right to employment" or any other "economic right", and I would reject the appellant's submission to the contrary.

Having accepted the respondent's view that the right she seeks to invoke is, in fact, a right to choose where to establish her home, I must still address the appellant's second contention; namely,

parce qu'il portait atteinte au droit du demandeur de se déplacer d'un État à l'autre. Décrivant la position du demandeur, la cour a jugé, aux pp. 646 et 647, en rejetant sa demande, qu'il tentait de faire reconnaître [TRADUCTION] «le droit constitutionnel d'être employé par la ville de Philadelphie tout en vivant ailleurs». (Je souligne; en italique dans l'original.)

À la lumière de ces commentaires, l'argument avancé par l'appelante peut, à première vue, paraître fondé. En l'analysant de plus près, toutefois, on s'aperçoit que cet argument — de même que la thèse qui semble avoir été retenue dans les décisions américaines que je viens de citer — est vicié. En tentant de faire invalider l'obligation de résidence qui lui est imposée, l'intimée ne cherche pas, comme le prétend l'appelante, à faire reconnaître subrepticement l'existence d'un «droit d'être employée» par la ville de Longueuil qui serait constitutionnellement protégé. Elle soutient plutôt qu'elle ne devrait pas être empêchée de décider librement où elle souhaite vivre — cette faculté a, selon elle, statut de droit protégé par la Constitution — simplement parce qu'elle a choisi de gagner sa vie en travaillant pour la municipalité appelante. Sa position me paraît claire, dans la mesure où elle ne prétend pas que le fait même de son congédiement porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7, mais où elle conteste plutôt le motif invoqué pour justifier ce congédiement, c'est-à-dire l'obligation de résidence elle-même. En d'autres termes, le grief réel de l'intimée n'est pas simplement son congédiement, mais plutôt le fait qu'elle a été renvoyée parce qu'elle s'est prévalu du droit (qu'elle prétend) constitutionnellement protégé de choisir comme elle l'entend son lieu de résidence. Je suis convaincu, au vu de ces éléments, qu'aucune notion de «droit à l'emploi» constitutionnel ni aucun autre «droit économique» n'intervient dans l'argument de l'intimée fondé sur la *Charte*, et je rejetterais toute prétention contraire de l'appelante.

Après avoir accepté l'opinion de l'intimée voulant que le droit dont elle se réclame soit en fait le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure, je dois encore examiner le second argument de l'ap-

that even a right of this nature — quite apart from any notion of economic rights — does not fall within the ambit of the liberty guarantee enshrined in s. 7. Once again, I am unable to agree with this submission. Indeed, in my view, a proper understanding of the scope of the s. 7 right to liberty militates strongly toward the opposite conclusion. Let me explain.

63

In the recent case of *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, this Court was called upon to decide, *inter alia*, whether the s. 7 right to liberty included within its scope a right of parents to take decisions respecting the medical care of their children. More specifically, and in addition to a claim raised under s. 2(a) of the Canadian *Charter*, we were asked to decide whether the appellant parents (who were Jehovah's Witnesses) could properly invoke a constitutional right to make definitive choices in respect of their daughter's medical treatment, in order to preclude health care officials from ordering — pursuant to powers granted to them by the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66 — that the daughter undergo a blood transfusion. Writing for a plurality consisting of myself and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ., I undertook a detailed discussion of the various principles I think should guide the interpretation of s. 7, noting particularly that s. 7 must (as was first enunciated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, and repeatedly followed by this Court) be read in light of the values reflected in the *Charter* as a whole, and not just those embodied by the other provisions described as "legal rights". I then referred specifically to the decisions of Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which the meaning of the term "freedom" in ss. 1 and 2(a) was discussed, and found as follows, at p. 368:

The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained free-

pelante, savoir que même un droit de cette nature — bien distinct de toute notion de droit économique — n'est pas compris dans la garantie de liberté inscrite à l'art. 7. Encore une fois, je ne puis donner raison à l'appelante. J'estime en effet que l'appréciation correcte de la portée du droit à la liberté reconnu par cette disposition milite fortement en faveur de la conclusion contraire. Je m'en explique.

Dans le récent pourvoi *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, notre Cour devait notamment déterminer si le droit à la liberté garanti par l'art. 7 comprenait le droit, pour les parents, de prendre des décisions concernant les soins médicaux à donner à leurs enfants. Plus précisément, il fallait, en plus de statuer sur un argument fondé sur l'al. 2a) de la *Charte* canadienne, trancher la question de savoir si les parents appelants (qui étaient Témoins de Jéhovah) pouvaient se réclamer d'un droit constitutionnel de faire des choix définitifs relativement au traitement médical de leur fille afin d'empêcher les autorités médicales d'ordonner, en application des pouvoirs dont elles étaient investies par la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, qu'une transfusion de sang lui soit administrée. Rédigeant pour moi-même et pour les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, j'ai examiné en détail les divers principes sur lesquels devrait reposer selon moi l'interprétation de l'art. 7, soulignant que cette disposition devait être interprétée en fonction des valeurs exprimées par l'ensemble de la *Charte* (comme notre Cour l'a d'abord exposé dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, et l'a répété à de nombreuses reprises), et non pas simplement en fonction de celles qui sont énoncées par les autres dispositions qualifiées de «garanties juridiques». Mentionnant plus particulièrement les motifs du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lesquels le sens du mot «liberté» employé à l'article premier et à l'al. 2a) a été analysé, j'ai conclu ce qui suit, à la p. 368:

La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence

dom. . . Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [Emphasis added; citations omitted.]

On the facts of *B. (R.)* itself, I found that the right asserted by the appellant parents fell within this protected sphere of individual autonomy but that, in the circumstances, the deprivation of the right was in accordance with the principles of fundamental justice. As a consequence, I held that no violation of s. 7 occurred.

I note parenthetically that the joint reasons of Iacobucci and Major JJ. in *B. (R.)* (in which Cory J. concurred) do not, as I see it, appear to take issue with my view of the ambit of the s. 7 liberty guarantee. While, on the facts of *B. (R.)*, my colleagues disagreed with the finding that the appellant parents possessed a constitutional right to decide what constitutes appropriate medical care for their child (since, in their view, the purview of such a right must be delineated with specific reference to the competing rights of the child to life and security of the person), they did not explicitly question the idea that the right to liberty in s. 7 goes beyond the notion of mere freedom from physical constraint and protects within its scope a narrow sphere of personal autonomy wherein the state is, in normal circumstances, precluded from entering. Indeed, at p. 431, they stated:

We note that *La Forest J.* holds that “liberty” encompasses the right of parents to have input into the education of their child. *In fact, “liberty” may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children*, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, *assuming without deciding that “liberty” has such a reach*, it certainly does not

totale de contrainte [. . .] La liberté de l’individu de faire ce qu’il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l’intérêt commun. L’État a certes le droit d’imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l’objet d’un examen fondé sur la *Charte*. D’autre part, la liberté ne signifie pas simplement l’absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l’individu doit avoir suffisamment d’autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d’importance fondamentale pour sa personne. [Je souligne; citations omises.]

Dans l’arrêt *B. (R.)*, j’ai conclu, au vu des faits, que le droit revendiqué par les parents appelants était compris dans la sphère d’autonomie individuelle protégée mais que, dans les circonstances, l’atteinte au droit n’était pas contraire aux principes de justice fondamentale. J’ai donc statué que l’art. 7 n’avait pas été enfreint.

Je signale en passant que, dans les motifs conjoints qu’ils ont rendus dans l’arrêt *B. (R.)* (auxquels le juge Cory a souscrit), les juges Iacobucci et Major ne semblent pas différer d’avis avec moi sur la portée de la garantie énoncée à l’art. 7. Bien que mes collègues, dans les circonstances de ce pourvoi, aient été en désaccord avec la conclusion voulant que les parents appelants jouissent du droit constitutionnel de décider ce qui constituait un traitement médical approprié pour leur enfant (puisque selon eux, la portée de ce droit devait être délimitée en tenant explicitement compte des droits opposés de l’enfant à la vie et à la sécurité de sa personne), ils n’ont pas remis expressément en question l’idée que le droit à la liberté garanti par l’art. 7 dépasse la simple notion d’absence de contrainte physique et protège une sphère limitée d’autonomie personnelle dans laquelle il est ordinairement interdit à l’État de pénétrer. De fait, ils ont affirmé, à la p. 431:

Nous remarquons que le juge *La Forest* conclut que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l’éducation de leur enfant. *En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants*, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu’à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle por-

extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. [Underlining in original; italics added.]

Sopinka J., too, did not explicitly disagree with my understanding of the scope of the liberty interest protected by s. 7. Rather, he took the position that the matter did not need to be addressed in *B. (R.)* since, on the facts, there was no violation of the principles of fundamental justice.

65

I should point out that the view I have expounded regarding the scope of the right to liberty draws considerable support from the reasons of Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In that case, my former colleague succinctly expressed her opinion that the s. 7 liberty interest is concerned not only with physical liberty, but also with fundamental concepts of human dignity, individual autonomy, and privacy. Indeed, at p. 166, she stated:

[A]n aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in [*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177], is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

Speaking for the plurality, I explicitly endorsed this passage in *B. (R.)*, at pp. 368-69, pointing out that I have long supported the views expressed in it. Indeed, shortly after *Morgentaler* was decided, I stated in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I had "considerable sympathy" for the proposition that s. 7 includes within it a right to privacy. Moreover, the view that the right to liberty encompasses more than just physical freedom is, as I explained in *B. (R.)*, supported by the vast preponderance of American case law dealing with the subject; see, e.g., *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S.

tée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appelants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Le juge Sopinka non plus n'a pas expressément écarté ma conception de la portée du droit à la liberté protégé à l'art. 7. Il a plutôt estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ce point dans l'arrêt *B. (R.)* puisque, dans les faits, les principes de justice fondamentale n'avaient pas été enfreints.

Il convient de signaler que mon opinion concernant la portée du droit à la liberté trouve un appui considérable dans les motifs exposés par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans ce pourvoi, mon ancienne collègue a brièvement exprimé l'avis que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne se limite pas à la liberté physique mais comprend également les notions fondamentales de dignité humaine, d'autonomie individuelle et de vie privée. Dans ses motifs, elle écrit effectivement, à la p. 166:

[U]n aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt [*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177], est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

J'ai explicitement approuvé ce passage aux pp. 368 et 369 des motifs collectifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *B. (R.)*, en soulignant que je souscrivais depuis longtemps à l'opinion qui y était exprimée. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, rendu peu de temps après l'arrêt *Morgentaler*, j'ai même écrit, à la p. 412, que j'étais «enclin à admettre» la proposition voulant que l'art. 7 englobe le droit à la vie privée. En outre, comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *B. (R.)*, la vaste majorité de la jurisprudence américaine sur le sujet appuie l'opinion selon laquelle le droit à la liberté ne s'en-

390 (1923); and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its scope every matter that might, however vaguely, be described as “private”. Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As I have already explained, I took the view in *B. (R.)* that parental decisions respecting the medical care provided to their children fall within this narrow class of inherently personal matters. In my view, choosing where to establish one’s home is, likewise, a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy.

The soundness of this position can be appreciated most readily, I think, by reflecting upon some of the intensely personal considerations that often inform an individual’s decision as to where to live. Some people choose to establish their home in a particular area because of its nearness to their place of work, while others might prefer a different

tend pas que de la liberté physique; voir, par exemple, *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

L’analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* s’étend au droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État. Comme les propos que j’ai tenus dans l’arrêt *B. (R.)* l’indiquent, je n’entends pas par là, je le précise, que cette sphère d’autonomie est vaste au point d’englober toute décision qu’un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l’encontre du principe fondamental que j’ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l’arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d’agir comme il lui plaît. J’estime même que cette sphère d’autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de «privé». Je suis plutôt d’avis que l’autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l’art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles. Comme je l’ai déjà mentionné, j’ai exprimé, dans l’arrêt *B. (R.)*, l’opinion voulant que les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. À mon avis, le choix d’un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l’autonomie personnelle.

À mon avis, c’est en examinant quelques-unes des considérations extrêmement personnelles qui déterminent souvent le choix du lieu où une personne décide de vivre que l’on perçoit le mieux le bien-fondé de cette position. Le choix d’un endroit particulier pour établir sa demeure peut dépendre, pour certains, de sa proximité du lieu de travail et,

neighbourhood because it is closer to the countryside, to the commercial district, to a particular religious institution with which they are affiliated, or to a medical centre whose services they require. Similarly, some people may, for reasons dearly important to them, value the historical significance or cultural make-up of a given locale, others again may want to ensure that they are physically proximate to family or to close friends, while others still might decide to reside in a particular place in order to minimize their cost of living, to care for an ailing relative or, as in the case at bar, to maintain a personal relationship. In my opinion, factors such as these vividly reflect the idea that choosing where to live is a fundamentally personal endeavour, implicating the very essence of what each individual values in ordering his or her private affairs; that is, the kinds of considerations I have mentioned here serve to highlight the inherently private character of deciding where to maintain one's home. In my view, the state ought not to be permitted to interfere in this private decision-making process, absent compelling reasons for doing so.

68

Moreover, not only is the choice of residence often informed by intimately personal considerations, but that choice may also have a determinative effect on the very quality of one's private life. The respondent put this point succinctly in her factum:

[TRANSLATION] Residence determines the human and social environment in which an individual and his or her family evolve: the type of neighbourhood, the school the children attend, the living environment, services, etc. In this sense, therefore, residence affects the individual's entire life and development.

To my mind, the ability to determine the environment in which to live one's private life and, thereby, to make choices in respect of other highly individual matters (such as family life, education of children or care of loved ones) is inextricably bound up in the notion of personal autonomy I have been discussing. To put the point plainly, choosing where to live will be influenced in each individual case by the particular social and economic circumstances of the person making the

pour d'autres, de sa proximité de la campagne, d'un secteur commercial, d'une institution religieuse qu'ils fréquentent ou d'un centre médical où ils sont traités. De la même façon, des personnes pourront choisir, pour des raisons qui leur tiennent à cœur, de vivre à un endroit parce qu'elles attachent du prix à sa valeur historique ou à ses caractéristiques culturelles; d'autres, encore, voudront habiter à proximité de membres de leur famille ou d'amis proches, alors que d'autres pourront fixer leur choix afin de réduire leurs dépenses, de prendre soin de parents malades ou, comme en l'espèce, de poursuivre une relation personnelle. De tels facteurs montrent bien, à mon avis, que le choix du lieu où l'on veut vivre est un acte fondamentalement personnel qui fait intervenir l'essence même des valeurs individuelles régissant l'organisation des affaires privées de chacun. Autrement dit, le type de considérations que je viens de mentionner met en évidence la nature essentiellement privée du choix d'un lieu pour établir sa demeure. À mon avis, l'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer dans ce processus décisionnel privé, à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention.

En outre, non seulement le choix du lieu de résidence repose-t-il souvent sur des considérations intimement personnelles, mais il peut également avoir un effet déterminant sur la qualité même de la vie privée. Le mémoire de l'intimée aborde brièvement ce point:

C'est la résidence qui détermine l'environnement humain et social dans lequel l'individu et sa famille évoluent: nature du voisinage, école fréquentée par les enfants, cadre de vie, services et environnement, etc. La résidence conditionne donc, à cet égard, toute la vie de l'individu ainsi que son évolution.

Je considère que la possibilité de déterminer son cadre de vie et, par conséquent, de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles (touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins apportés à des êtres chers) est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle que je viens d'évoquer. Pour dire les choses simplement, le choix du lieu où l'on veut vivre dépend, pour chacun, de sa situation sociale et économique particulière mais,

choice and, even more significantly, by his or her aspirations, concerns, values and priorities. Based on all these considerations, then, I conclude that choosing where to establish one's home falls within that narrow class of decisions deserving of constitutional protection.

Support for this view is found in the fact that the right to choose where to establish one's home is afforded explicit protection in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada became a party in 1976. As the respondent informed us, Article 12(1) of that convention reads as follows:

ARTICLE 12

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

While subsection (3) of that provision provides that the right at issue can be limited by states for certain stipulated reasons, the fact remains that the right to choose where to reside is itself enshrined as one of the Covenant's fundamental guarantees. Given this Court's previous recognition of the persuasive value of international covenants in defining the scope of the rights guaranteed by the *Charter* (see, e.g., *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348, *per* Dickson C.J. (dissenting), cited with approval in *Slaight, supra*, at pp. 1056-57), I regard Article 12 as strengthening my conclusion that the right to decide where to establish one's home forms part of the irreducible sphere of personal autonomy protected by the liberty guarantee in s. 7.

Having made clear why I find the right asserted by the respondent is indeed comprised within the right to liberty, all that remains to be considered as regards s. 7 of the Canadian *Charter* is whether the deprivation of the respondent's right to choose where to live — through the imposition of the residence requirement — conforms to the principles of fundamental justice. I will examine this issue in detail in the next section of these reasons. Before doing so, however, I should state that I do regard the imposition of the residence requirement as a

encore plus, de ses aspirations, préoccupations, valeurs et priorités. Compte tenu de toutes ces considérations, je conclus donc que le choix d'un lieu pour établir sa demeure appartient à la catégorie limitée des décisions méritant une protection constitutionnelle.

Le fait que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 n° 47, auquel le Canada a adhéré en 1976, protège expressément le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure étaye cette opinion. Le paragraphe 12(1) de ce pacte, qu'a invoqué l'intimée, est ainsi libellé:

ARTICLE 12

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

Bien que le paragraphe (3) de cette disposition prévoie que les États peuvent restreindre ce droit pour les raisons y précisées, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un droit consacré dans le pacte comme garantie fondamentale. Comme notre Cour a reconnu la valeur de persuasion des pactes internationaux dans la définition de la portée des droits garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 348, le juge en chef Dickson (dissident), cité avec approbation dans l'arrêt *Slaight*, précité, aux pp. 1056 et 1057), je considère que l'article 12 renforce ma conclusion voulant que le droit de décider où établir sa demeure fasse partie de la sphère irréductible d'autonomie personnelle protégée par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7.

Les motifs à l'appui de ma conclusion selon laquelle le droit revendiqué par l'intimée constitue effectivement une composante du droit à la liberté ayant été exposés, il ne reste qu'à examiner, relativement à l'art. 7 de la *Charte* canadienne, si l'atteinte au droit de l'intimée de choisir le lieu où elle veut vivre — par l'imposition de l'obligation de résidence — est conforme aux principes de justice fondamentale. J'analyserai cette question en détail dans la prochaine partie des présents motifs, mais avant, il me faut préciser que je considère cette

“deprivation”, in the sense required by s. 7, despite an argument to the contrary raised by the appellant. While it did not frame its submission in precisely this manner, the appellant essentially contended that even if a right to choose where to establish one’s home existed under s. 7, there could be no “deprivation” on the facts of this case because the respondent waived that right when she signed the residence declaration. Put another way, the imposition of the residence requirement did not, in the appellant’s view, “deprive” the respondent of her right to decide where to live because she chose to sign the residence declaration and, thereby, renounced any right of that nature that she might otherwise have enjoyed.

71

If it could be sustained on the facts, the appellant’s argument would raise the issue of whether it is even possible to waive a constitutional right to choose where to live, as an aspect of the right to liberty. Waiver of certain constitutional rights has, of course been recognized by this Court in other contexts; see, e.g., *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, both dealing with s. 11(b); and *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525, dealing with s. 11(d). I do not consider it necessary to deal with that issue here, however, since even assuming that one can legitimately waive the right to choose where to live, I am of the view that a waiver argument cannot be upheld on the facts of this case.

72

Indeed, I find the appellant’s contentions in respect of waiver to be entirely unpersuasive, inasmuch as they fail to recognize that the respondent had no alternative but to accept the residence requirement if she wanted to assume permanent employment with the municipality. By its very nature, waiver or renunciation of any right must be freely expressed if it is to be effective. Here, however, the appellant simply presented the respondent with two possible options — she could either relinquish her post entirely (or continue only in a temporary capacity), or she could assume a permanent

obligation comme une «atteinte», au sens requis par l’art. 7, bien que l’appelante ait prétendu le contraire. Quoique cette dernière n’ait pas formulé ses arguments précisément en ces termes, elle a essentiellement soutenu que même si l’art. 7 protège le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure, les faits en cause ne constituent pas une «atteinte» parce que l’intimée a renoncé à ce droit lorsqu’elle a signé la déclaration de résidence. Autrement dit, l’appelante fait valoir que l’imposition de l’obligation de résidence n’a pas «porté atteinte» au droit de l’intimée de décider où elle veut vivre parce que cette dernière a choisi de signer la déclaration de résidence et a, de ce fait, renoncé à tout droit de cette nature auquel elle aurait autrement pu prétendre.

Si les faits étaient cette assertion, l’argument de l’appelante soulèverait la question de savoir s’il est même possible de renoncer au droit constitutionnel de choisir le lieu où l’on veut vivre en tant qu’élément du droit à la liberté. Notre Cour a certes reconnu, dans d’autres contextes, qu’il était possible de renoncer à certains droits constitutionnels; voir, par exemple, les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, traitant tous deux de l’al. 11(b), ainsi que l’arrêt *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525, portant sur l’al. 11(d). Je ne crois pas, toutefois, qu’il soit nécessaire en l’espèce d’examiner cette question car j’estime que, même en supposant qu’il soit légitimement possible de renoncer au droit de choisir le lieu où l’on veut vivre, les faits en cause n’autorisent pas à conclure qu’il y a eu renonciation en l’espèce.

En effet, les prétentions de l’appelante au sujet de la renonciation sont loin d’être convaincantes car elles ne tiennent pas compte du fait que l’intimée n’avait pas d’autre choix que de se plier à l’obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d’employée permanente de la municipalité. Il est de la nature de la renonciation qu’elle soit exprimée librement pour être valable. En l’espèce, toutefois, l’appelante a soumis l’alternative suivante à l’intimée: elle pouvait quitter son poste (ou continuer à occuper un emploi temporaire) ou elle pouvait accéder à la permanence en s’engageant à

position as long as she undertook to maintain her home in Longueuil for the duration of her employment. The difficulty presented by this situation was eloquently expressed by T. A. Hampton in his article entitled "An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements" (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195, at pp. 210-11:

What most likely lies at the heart of an employee's complaint is the imposition of an unfair choice: a municipal employee must decide whether he values more highly his job or his home. If he chooses to protect his job, he loses the right to continue residing not only in a particular house, but in a preferred neighborhood as well — often among friends and family, and close to a church, schools, and associations in whose affairs he is involved. If he chooses instead to protect his choice of community, he must forego an opportunity to seek or maintain preferred employment.

While these comments were made in the context of a discussion dealing with rights protected under the United States Constitution, I am of the view that they are equally apposite here. Stated simply, the respondent in this case had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation and, consequently, she cannot in any meaningful sense be taken to have freely given up her right to choose where to live. In civilian parlance, her acquiescence in signing the residence declaration was (as Baudouin J.A. found in the course of his public order analysis) tantamount to accepting a contract of adhesion and, as such, it cannot properly be understood to constitute waiver.

As a subsidiary argument, the appellant contended that even if the respondent did not waive her right by signing the residence declaration in the first place, she waived it later on by failing to move back to Longueuil when given the option of doing so by a representative of the appellant. This argument, like the one just discussed, cannot succeed. Indeed, to accept it would be to find that the respondent's explicit attempt to assert her right to choose where to live by refusing to conform with the terms of the residence requirement amounted somehow to a renunciation of that right. It would,

maintenir sa résidence à Longueuil pendant la durée de son emploi. Dans un article intitulé «An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements» (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195, aux pp. 210 et 211, T. A. Hampton décrit bien le dilemme que pose une telle situation:

[TRADUCTION] C'est probablement l'imposition d'un choix inéquitable qui forme le nœud du grief d'un employé: le fonctionnaire municipal doit déterminer s'il attache plus de prix à son travail ou à son foyer. S'il choisit de protéger son emploi, il perd non seulement le droit de continuer à habiter dans un logement particulier, mais celui de résider dans l'environnement de son choix — souvent dans le voisinage d'amis ou de membres de sa famille, ou près d'une église, d'écoles ou d'associations aux activités desquelles il participe. S'il opte plutôt pour son milieu de vie, il doit renoncer à la possibilité de postuler ou de conserver un emploi désiré.

Bien que l'auteur de ces lignes ait analysé les droits protégés par la Constitution des États-Unis, je suis d'avis que son commentaire est également pertinent en l'espèce. Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l'acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion (comme le juge Baudouin l'a conclu dans son analyse de la question de l'ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation.

L'appelante soutient subsidiairement que, même si l'intimée n'a pas renoncé à son droit en signant la déclaration de résidence, elle l'a fait plus tard en ne redéménageant pas à Longueuil lorsqu'un représentant de la municipalité lui a présenté cette option. Cet argument, comme le précédent, ne peut être retenu. De fait, il faudrait, pour le recevoir, conclure que la tentative explicite de l'intimée pour affirmer son droit de choisir le lieu où elle veut vivre en refusant de se conformer à l'obligation de résidence serait en quelque sorte assimilable à une renonciation à ce droit. Autrement dit, ce

in other words, be to turn the facts of this case on their head. Having set out my reasons for rejecting the appellant's waiver arguments, then, I turn now to an examination of the final issue raised by the respondent's s. 7 claim.

(c) *The Principles of Fundamental Justice*

74

The text of s. 7 provides that a deprivation by the state of an individual's right to life, liberty or security of the person will not violate the Canadian *Charter* unless it contravenes the "principles of fundamental justice". Over the years since the *Charter's* inception, this Court has repeatedly been called upon to interpret that phrase, so as to determine in particular cases whether a *Charter* violation has, in fact, occurred. In the early days of *Charter* adjudication, questions arose as to whether the principles of fundamental justice included within their ambit a substantive element, in addition to the guarantees of natural justice or procedural fairness. That issue was conclusively settled by this Court in the *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, where all members of the panel seized of the case agreed that the principles of fundamental justice are not limited merely to rules of procedure but include as well a substantive component. This has meant that if deprivations of the rights to life, liberty and security of the person are to survive *Charter* scrutiny, they must be "fundamentally just" not only in terms of the process by which they are carried out but also in terms of the ends they seek to achieve, as measured against basic tenets of both our judicial system and our legal system more generally; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 512; *Beare, supra*; and *Lyons, supra*.

75

The cases since *Re B.C. Motor Vehicle Act* have made clear that, particularly in light of the possibility of substantive review, the meaning of fundamental justice must depend in a given case on both the nature of the s. 7 right asserted and the character of the alleged violation; see *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 884. In taking this contextual approach, this Court has often considered it appropriate to elucidate a specific principle or set of

serait dénaturer complètement les faits en cause. Les arguments invoqués par l'appelante à l'appui de la thèse de la renonciation étant rejetés pour les motifs que je viens d'exposer, j'aborde maintenant l'examen de la dernière question soulevée par l'argument fondé sur l'art. 7 qu'avance l'intimée.

c) *Les principes de justice fondamentale*

Aux termes de l'art. 7, une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par l'État ne contrevient à la *Charte* canadienne que s'il y a manquement aux «principes de justice fondamentale». Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *Charte*, notre Cour a maintes fois été appelée à interpréter cette expression afin de déterminer si, dans des cas donnés, il y avait effectivement eu contravention à la *Charte*. Au début, se posait la question de savoir si les principes de justice fondamentale comportaient un élément matériel en plus des garanties prévues par les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Notre Cour a tranché cette question dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; tous les juges de la formation saisie du pourvoi ont convenu que les principes de justice fondamentale ne se limitaient pas aux règles procédurales mais comprenaient également un élément matériel. Cela signifiait que les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, pour résister à un examen fondé sur la *Charte*, doivent être «fondamentalement justes» non seulement sur le plan procédural mais également quant aux buts visés en conformité avec les préceptes fondamentaux de notre processus judiciaire et de notre système juridique en général; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 512; *Beare et Lyons, précités*.

Les arrêts qui ont suivi le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* ont établi clairement que, compte tenu, en particulier, de la possibilité d'un examen au fond, le sens de l'expression justice fondamentale, dans un pourvoi donné, dépend à la fois de la nature du droit revendiqué en vertu de l'art. 7 et de celle de la prétendue violation; voir *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 884. Notre Cour a souvent jugé approprié, dans le cadre de

principles governing the particular matter before it. Thus, in *Lyons, supra*, the accused challenged certain provisions authorizing the imposition of an indeterminate sentence on individuals designated as dangerous offenders, on the basis that they infringed the liberty guarantee in s. 7. Writing for the majority, I explained (at p. 327) that determining whether the provisions at issue infringed s. 7 in a manner that contravened the principles of fundamental justice necessitated an inquiry into “the basic principles of penal policy that have animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions”. Similarly, in *Beare, supra*, we considered whether mandatory fingerprinting of persons who have been accused of a crime, but not yet convicted, violated the s. 7 liberty interest. Writing this time on behalf of a unanimous Court, I found (at pp. 402-3) that the principles of fundamental justice pertinent to that context included “the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field” of crime prevention and law enforcement.

But just as this Court has relied on specific principles or policies to guide its analysis in particular cases, it has also acknowledged that looking to “the principles of fundamental justice” often involves the more general endeavour of balancing the constitutional right of the individual claimant against the countervailing interests of the state. In other words, deciding whether the principles of fundamental justice have been respected in a particular case has been understood not only as requiring that the infringement at issue be evaluated in light of a specific principle pertinent to the case, but also as permitting a broader inquiry into whether the right to life, liberty or security of the person asserted by the individual can, in the circumstances, justifiably be violated given the interests or purposes sought to be advanced in doing so. To my mind, performing this balancing test in considering the fundamental justice aspect of s. 7 is

cette démarche contextuelle, de définir le principe ou l'ensemble de principes régissant le pourvoi particulier dont elle était saisie. Ainsi, dans *Lyons, précité*, l'accusé contestait certaines dispositions autorisant l'application d'une peine de détention pour une période indéterminée à des contrevenants déclarés délinquants dangereux et prétendait qu'elles portaient atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7. Rendant jugement au nom des juges majoritaires, j'ai expliqué, à la p. 327, que pour déterminer si les dispositions en litige portaient atteinte à l'art. 7 de façon non conforme aux principes de justice fondamentale, il fallait examiner «[l]es préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animent la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d'autres ressorts de *common law*». De la même façon, dans l'arrêt *Beare, précité*, notre Cour a examiné si la prise obligatoire des empreintes digitales des personnes accusées d'un crime mais non encore condamnées portait atteinte au droit à la liberté reconnu à l'art. 7. Rédigeant les motifs, unanimes cette fois, de la Cour, j'ai conclu (à la p. 403) que les principes de justice fondamentale applicables dans ce contexte comprenaient les «principes [. . .] et [l]es politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» de la prévention du crime et de l'application de la loi.

Toutefois, tout comme notre Cour a appuyé sur des principes et des politiques déterminés les analyses effectuées dans des cas donnés, elle a aussi reconnu que l'examen «[d]es principes de justice fondamentale» comporte souvent une opération plus générale de pondération des droits constitutionnels individuels et des intérêts opposés de l'État. En d'autres termes, il est apparu que la détermination de la question de savoir si, dans un cas particulier, les principes de justice fondamentale avaient été respectés non seulement requerrait d'évaluer l'atteinte en cause en fonction des principes particuliers applicables à l'espèce mais permettait également de se demander, plus généralement, s'il était possible dans les circonstances de porter atteinte de façon justifiable au droit particulier à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne revendiqué en l'espèce, compte tenu des intérêts ou des buts visés par l'atteinte. Je consi-

both eminently sensible and perfectly consistent with the aim and import of that provision, since the notion that individual rights may, in some circumstances, be subordinated to substantial and compelling collective interests is itself a basic tenet of our legal system lying at or very near the core of our most deeply rooted juridical convictions. We need look no further than the *Charter* itself to be satisfied of this. Expressed in the language of s. 7, the notion of balancing individual rights against collective interests itself reflects what may rightfully be termed a “principle of fundamental justice” which, if respected, can serve as the basis for justifying the state’s infringement of an otherwise sacrosanct constitutional right.

dère que l’application de ce critère d’évaluation dans l’examen de l’aspect de l’art. 7 relatif à la justice fondamentale est tout à fait sensé et parfaitement compatible avec l’objet et la portée de cette disposition, car l’idée que les droits individuels puissent, dans certaines circonstances, être subordonnés à des intérêts collectifs réels et impérieux constitue elle-même un précepte fondamental de notre système juridique autour duquel s’articulent nos convictions juridiques les plus profondes. Il n’est que de consulter la *Charte* elle-même pour s’en persuader. Sous la forme qu’elle prend à l’art. 7, la notion de pondération des droits individuels et des intérêts collectifs elle-même exprime ce qu’on peut à bon droit qualifier de «principe de justice fondamentale» qui, s’il est respecté, peut former la base de la justification d’une atteinte de l’État à un droit constitutionnel qui serait, autrement, intouchable.

77

That the balancing test to which I refer has gained acceptance as an aspect of the s. 7 inquiry into fundamental justice is, I think, apparent from a number of decisions of this Court. In *Beare, supra*, at p. 404, for example, the Court weighed the liberty interest of the individual accused against such state interests as the need “to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime”, and determined unanimously that the practice of fingerprinting persons who had been accused but not yet convicted of an offence did not violate the principles of fundamental justice. In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J. (writing for the majority) had this to say, at pp. 592-93:

I cannot subscribe to the opinion . . . that the state interest is an inappropriate consideration in recognizing the principles of fundamental justice in this case. This Court has affirmed that in arriving at these principles, a balancing of the interest of the state and the individual is required. [Emphasis added.]

Similarly, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrict-*

Plusieurs décisions de notre Cour indiquent, je crois, que le critère d’évaluation dont je fais état recueille l’adhésion comme élément de l’examen portant sur la justice fondamentale requis par l’art. 7. Par exemple, dans *Beare*, précité, la Cour a souposé le droit à la liberté de l’accusé, d’une part, et l’intérêt de l’État, d’autre part, à «doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d’investigation du crime», à la p. 404, et elle a statué, à l’unanimité, que la pratique consistant à soumettre à la prise d’empreintes digitales les accusés qui n’ont pas encore été condamnés ne contrevenait pas aux principes de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka (s’exprimant au nom des juges majoritaires) a tenu les propos suivants, aux pp. 592 et 593:

Je ne peux souscrire à l’opinion [. . .] selon laquelle il n’y a pas lieu de considérer l’intérêt de l’État pour identifier les principes de justice fondamentale dans le présent pourvoi. Notre Cour a affirmé que, pour établir ces principes, il est nécessaire de pondérer les intérêts de l’État et ceux de l’individu. [Je souligne.]

De la même façon, 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, ma col-

tive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, L'Heureux-Dubé J. stated, at pp. 579 and 583:

[T]he *Charter* has not rendered obsolete society's interest in the enforcement of its laws. . . . This is especially true of s. 7, where the collective interest in law enforcement finds expression in the principles of fundamental justice, and must be balanced against the deprivation of individual rights to life, liberty and security of the person, as these rights have come to be recognized in our judicial system.

. . .

Fundamental justice in our Canadian legal tradition . . . is primarily designed to ensure that a fair balance be struck between the interests of society and those of its citizens. [Emphasis added.]

I echoed this sentiment in my own reasons in that case, finding, at p. 539, that "the interests of the individual and those of the state, both . . . play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice", and, at p. 541, that "the community's interest is one of the factors that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice". While both L'Heureux-Dubé J. and I wrote only for ourselves in *Thomson Newspapers*, we each concurred in the majority's disposition, and our views on this matter were not explicitly questioned by our colleagues. Moreover, the same view of fundamental justice has implicitly — and sometimes explicitly — underpinned a number of other decisions of this Court; see, e.g., *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Lyons, supra*; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; and *B. (R.)*, *supra*; see also T. J. Singleton, "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446, which, although questioning the balancing test, provides a useful summary of the pertinent case law.

From the foregoing discussion, it is clear that deciding whether the infringement of a s. 7 right is

lègue le juge l'Heureux-Dubé a écrit, aux pp. 579 et 583:

[L]a *Charte* n'a pas aboli l'intérêt qu'a la société à ce que ses lois soient appliquées [. . .] Cela est particulièrement vrai dans le cas de l'art. 7, où l'intérêt de la collectivité à ce que les lois soient appliquées trouve son expression dans les principes de justice fondamentale et doit être soupesé au regard de la privation des droits des individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, tel que ces droits sont reconnus dans notre système judiciaire.

. . .

Dans la tradition juridique canadienne [. . .], la justice fondamentale vise premièrement à établir un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des citoyens. [Je souligne.]

J'ai fait écho à cette perception dans mes propres motifs, concluant, à la p. 539, que «les intérêts du particulier et ceux de l'État [. . .], dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale» et, à la p. 541, que «l'intérêt de la collectivité est un des facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale». Bien que le juge L'Heureux-Dubé et moi-même n'exprimions que notre propre opinion dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, nous avons tous deux souscrit à la décision des juges majoritaires, et aucun de nos collègues n'a explicitement remis nos vues en question. De plus, cette même perception de la justice fondamentale a implicitement — et parfois explicitement — sous-tendu d'autres décisions de notre Cour; voir, par exemple, *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Lyons*, précité; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152, et *B. (R.)*, précité. Voir également: T. J. Singleton, «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter» (1995), 74 *R. du B. can.* 446, qui même s'il remet en question le critère d'évaluation, dresse un résumé utile de la jurisprudence pertinente.

Il ressort clairement de l'analyse qui précède que, pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti

fundamental just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement. This balancing process will necessarily be contextual, insofar as the particular right asserted, the extent of its infringement, and the state interests implicated in each particular case will depend largely on the facts. As discussed earlier, the right infringed in this case is that of the respondent to choose where to establish and maintain her home, a right which I found enures to her as an aspect of that narrow sphere of personal autonomy protected by the liberty guarantee. For its part, the appellant pointed to three “public interests” that in its view, justified the imposition of the residence requirement. I propose to deal with each of them in turn.

79

Before doing so, however, it is important to highlight two salient features of the particular residence requirement at issue here. First, the municipal resolutions adopted by the appellant provide that a declaration of the kind signed by the respondent must be signed by all permanent employees of the municipality who were hired after the date the resolution was adopted, regardless of their status or function. Secondly, the residence requirement does not stipulate simply that permanent employees must reside in Longueuil when they are hired, or for a certain period before they are hired. Rather, it provides that they must maintain their residence in Longueuil for the duration of their employment, on pain of termination. In my view, these features must be borne in mind in determining whether the particular residence requirement at issue contravenes fundamental justice.

80

I turn now to examine the “public interests” relied upon by the appellant as justifications for the residence requirement. The first focused on the idea that residents who lived within the territorial limits of the municipality would be better acquainted with the city, more in touch with the community’s needs and desires and, therefore, better able to serve the community through their employment. This argument amounted essentially

par l’art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, soupeser d’une part le droit en cause et d’autre part les objectifs poursuivis par l’État en portant atteinte à ce droit. Le processus de pondération sera nécessairement contextuel puisque, chaque fois, le droit particulier qui est revendiqué, la portée de l’atteinte et les intérêts de l’État en jeu dépendront largement des faits. Comme il en a déjà été question, le droit enfreint en l’espèce est le droit de choisir un lieu pour établir et maintenir sa demeure. J’ai conclu que l’intimée peut revendiquer ce droit en tant que composante de la sphère limitée d’autonomie personnelle protégée par la garantie de liberté. L’appelante, quant à elle, invoque trois motifs d’«intérêt public» pour justifier l’imposition de l’obligation de résidence. Je me propose d’examiner chacun d’eux.

Mais avant, j’estime toutefois important de signaler deux caractéristiques notables de l’obligation de résidence visée en l’espèce. Premièrement, les résolutions prises par la municipalité appelante prévoient que tous les employés permanents embauchés après la date de la résolution, quels que soient leur statut ou leur fonction, doivent signer une déclaration analogue à celle que l’intimée a signée. Deuxièmement, l’obligation de résidence n’énonce pas seulement que les employés permanents doivent résider à Longueuil au moment de leur embauche, ou pendant une certaine période précédant leur embauche. Elle prescrit qu’ils doivent maintenir leur résidence à Longueuil pendant toute la durée de leur emploi, sous peine de renvoi. Il importe, selon moi, de ne pas perdre ces caractéristiques de vue pour déterminer si la présente obligation de résidence contrevient aux principes de justice fondamentale.

Voyons maintenant les motifs d’«intérêt public» invoqués par l’appelante pour justifier l’obligation de résidence. Le premier repose sur l’idée que ceux qui vivent dans les limites territoriales de la municipalité connaissent mieux la ville, sont plus au fait des besoins et des désirs de la collectivité et seront donc mieux en mesure de la servir comme employés. Cet argument revient essentiellement à dire que c’est en obligeant ses employés à vivre

to the claim that, by compelling its employees to live in the municipality, the appellant could ensure to the best of its ability that the residents of Longueuil were provided with a high quality of local services. While this is doubtless a laudable goal, I cannot accept that it justifies invading the personal autonomy of individual employees by depriving them of their constitutional right to choose where they wish to have their homes; that is, I am not convinced that the appellant's interest in providing the best services possible warrants so significant an intrusion into its employees' private life. Moreover, even assuming that this aim were sufficiently compelling to warrant infringing the respondent's rights, it nevertheless suffers from two further difficulties.

First, it is by no means clear that requiring employees to maintain their homes within the municipality's territorial limits will necessarily have the effect of instilling in them the sense of pride and commitment to their city suggested by the appellant. It is, after all, perfectly conceivable that employees living outside the municipality might have just as strong a sense of loyalty to their employer and to the citizens they serve as those who reside within the city limits. Likewise, there is no guarantee that those residing within the municipality will take as active an interest in their surroundings as the appellant would have us believe. This seems particularly likely of those employees who, against their wishes, would be compelled by the residence requirement to live within the municipal limits in order to keep their jobs.

Secondly, it appears to me that the goal of providing a high standard of municipal services could easily be pursued through means less drastic than demanding that all permanent employees arrange one of the most fundamental aspects of their private lives in conformity with the municipality's wishes. In other words, the desire to provide the best possible local services does not necessitate constraining an employee's inherently personal choice as to where he or she wishes to live. I would conclude on this basis that the first "public interest" relied upon by the appellant does not jus-

dans la municipalité que l'appelante peut le mieux assurer des services locaux de haute qualité aux résidents de Longueuil. Bien qu'il s'agisse indéniablement d'un objectif louable, je ne puis convenir qu'il justifie d'empiéter sur l'autonomie personnelle des employés en les privant du droit constitutionnel de choisir le lieu où ils souhaitent établir leur demeure. Autrement dit, je ne suis pas convaincu que l'intérêt de la municipalité à fournir les meilleurs services possible justifie une intrusion aussi importante dans la vie privée de ses employés. À supposer même, en outre, que cet objet soit suffisamment impérieux pour permettre une atteinte aux droits de l'intimée, il n'en soulève pas moins deux autres difficultés.

Premièrement, il n'est aucunement certain que l'exigence faite aux employés de demeurer dans la municipalité leur instillera nécessairement à son égard la fierté et le dévouement évoqués par l'appelante. On peut très bien concevoir, après tout, que des employés vivant hors de la municipalité manifestent à leur employeur et aux citoyens qu'ils servent une loyauté aussi solide que les employés habitant la ville. De la même façon, rien ne garantit que les résidents de la municipalité portent à leur milieu un intérêt aussi fervent que l'appelante voudrait nous le faire croire. Cela semble particulièrement vraisemblable des employés que l'obligation de résidence contraindrait, contre leur volonté, à vivre sur le territoire municipal pour conserver leur emploi.

Deuxièmement, il me semble facilement possible de poursuivre l'objectif de la fourniture de services de haute qualité par des moyens moins draconiens que l'exigence faite à tous les employés permanents de prendre, relativement à l'un des aspects les plus fondamentaux de leur vie privée, des dispositions conformes aux souhaits de la municipalité. En d'autres termes, le désir de fournir les meilleurs services locaux possible ne requiert pas que soit entravé le choix intrinsèquement personnel d'un employé quant au lieu où il souhaite vivre. Je conclus donc que le premier

tify the imposition on the respondent of the residence requirement at issue.

83

The second “public interest” invoked by the appellant concerns the various economic benefits that might enure to the municipality from having its employees live within its territory. Essentially, the appellant contended both (a) that the economy of Longueuil would be supported by a steady stream of income from resident employees; and (b) that municipal revenues themselves would be bolstered through taxation of those employees. While there was some disagreement in the oral hearing as to whether the taxation aspect of this claim was properly raised before this Court, I do not consider it necessary to pronounce on that issue. Even assuming this rationale can appropriately be considered, the appellant’s position suffers from the same difficulties as those raised by the first justification it invoked. Stated simply, I cannot see how the fact that the City of Longueuil might benefit fiscally or economically from having its permanent employees live within its territory can provide a sufficiently compelling basis upon which to override the respondent’s right to decide where she wishes to live — the mere possibility of stimulating local business or of augmenting the funds in the municipal purse does not, in my view, provide an adequate reason for overriding the constitutional guarantee at issue. I find, therefore, that this second “public interest” is insufficient to vindicate the appellant’s position.

84

The final “public interest” relied upon by the appellant merits a somewhat fuller discussion. Unlike the first two justifications it invoked, this one concerns not only the benefits that may enure to the municipality from imposing the residence requirement, but also the particular type of work performed by the employees upon whom it is imposed. Specifically, the appellant contended that residence requirements are justified whenever the functions performed by the employees subject to them are themselves of public importance and, as regards the case at bar, it argued that the services performed by the respondent in her capacity as a police radio operator were sufficiently important as

motif d’«intérêt public» invoqué par l’appelante ne justifie pas l’obligation de résidence imposée en l’espèce.

Le deuxième motif d’«intérêt public» avancé par l’appelante est lié aux différents avantages économiques que peut procurer à la municipalité le fait que ses employés habitent dans les limites de son territoire. Essentiellement, l’appelante a plaidé que le flux constant de revenus provenant des employés résidents soutient l’économie de Longueuil et que les taxes acquittées par ces employés augmentent les revenus municipaux eux-mêmes. Un débat s’est engagé, à l’audience, sur la question de savoir si notre Cour était régulièrement saisie de la question de la taxation, mais je n’estime pas nécessaire de le trancher, car à supposer même que cette justification puisse valablement être examinée, elle soulève les mêmes difficultés que la première. Simplement, je ne vois pas comment les avantages fiscaux ou économiques que peut procurer à la ville de Longueuil le fait que ses employés permanents résident sur son territoire peuvent constituer un motif suffisamment impérieux pour l’emporter sur le droit de l’intimée de décider où elle souhaite vivre; la simple possibilité de stimuler l’économie locale ou d’accroître le trésor municipal ne justifie pas, selon moi, une atteinte à la garantie constitutionnelle en cause. Je conclus, par conséquent, que ce second motif d’«intérêt public» ne suffit pas à fonder la position de l’appelante.

Le dernier motif d’«intérêt public» invoqué par l’appelante mérite un examen un peu plus approfondi. Contrairement aux deux autres motifs, celui-ci ne concerne pas seulement les avantages que l’obligation de résidence peut procurer à la municipalité, mais également le type particulier de travail accompli par les employés qui y sont assujettis. L’appelante prétend précisément que l’obligation de résidence se justifie lorsque les employés auxquels elle est imposée exécutent des fonctions qui sont elles-mêmes d’importance publique et, relativement à la présente espèce, elle soutient que les services fournis par l’intimée comme préposée aux télécommunications pour la police étaient suffi-

to justify requiring her to reside in Longueuil for as long as she held that post.

In contrast to the views I have taken with respect to the other justifications relied on by the appellant, I have some sympathy for the general proposition underlying this one. Indeed, it seems to me that, in certain circumstances, a municipality (or, for that matter, another government actor) might well be justified in imposing a residence requirement on employees occupying certain essential positions. For example, it may be that a residence requirement imposed on emergency workers such as police officers, firefighters or ambulance personnel would conform to the principles of fundamental justice inasmuch as the public interest in ensuring that such persons are readily available in times of urgent need is plainly apparent. While considerations such as “distance from the workplace” or “time needed to get to work” may, in some cases, constitute more cogent criteria upon which to structure such a requirement than “city limits”, the basic idea of imposing a residence requirement seems, at least *prima facie*, to be justifiable in such a context. Though addressing the issue under the rubric of public order, Baudouin J.A. agreed with this view. He stated, at p. 2571:

[TRANSLATION] [B]ecause of the demands of their occupations, such persons as police officers, firefighters and ambulance workers may be required to live in the municipality that employs them, or possibly within a specific area inside or outside the municipality, so that they can be reached quickly and be immediately available in an emergency.

Analogous arguments might be possible with respect to persons engaged in other forms of municipal employment. Thus, a requirement that the municipal councillors of a given city reside within a specified area, for example, might well be justified on the ground that the very nature of their occupation demands that they be intimately acquainted with the constituencies they represent. Each case of this kind will, of course, have to be decided on its own facts; I offer the foregoing comments only as examples that might, in an

samment importants pour justifier qu'on exige d'elle qu'elle réside à Longueuil tant qu'elle occuperait ce poste.

Je me sens mieux disposé envers le raisonnement général sous-tendant cette justification que je ne l'ai été envers les autres justifications invoquées par l'appelante. Il me semble effectivement que, dans certaines circonstances, une municipalité (ou un autre acteur gouvernemental) pourrait bien être justifiée d'imposer une obligation de résidence aux employés occupant certains postes essentiels. Par exemple, une obligation de résidence imposée à des travailleurs devant répondre à des urgences comme les policiers, les pompiers ou les ambulanciers pourrait être conforme aux principes de justice fondamentale, vu qu'il est manifestement d'intérêt public de veiller à ce que ces employés puissent être appelés rapidement en cas d'urgence. Quoique des facteurs tels la «distance du lieu de travail» ou le «temps nécessaire pour se rendre au travail» puissent, dans certains cas, constituer des critères plus convaincants que les «limites de la municipalité» pour fonder cette obligation, le principe de l'obligation paraît justifiable dans un tel contexte, à première vue du moins. Le juge Baudouin partage cette opinion, même s'il a analysé la question sous l'angle de l'ordre public. Il écrit dans ses motifs, à la p. 2571:

[U]n policier, un pompier, un ambulancier, parmi d'autres, en raison des exigences de leur métier, devraient se voir imposer de demeurer à l'intérieur de la municipalité qui les emploie ou même éventuellement dans un périmètre particulier à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières municipales, pour pouvoir être rejoints rapidement et être immédiatement disponibles en cas d'urgence.

Il peut être possible de tenir le même raisonnement pour d'autres types de fonctions municipales. Ainsi, il se pourrait bien, par exemple, que l'obligation faite aux conseillers municipaux d'une ville donnée de vivre dans un secteur déterminé se justifie parce que la nature même de leur occupation exige qu'ils soient très proches des citoyens qu'ils représentent. Il faut bien sûr évaluer les faits de chaque cas; il ne faut voir, dans les commentaires qui précèdent, que des exemples pouvant, dans des circonstances appropriées, être jugés constitution-

appropriate case, survive constitutional scrutiny. I should also note that, in certain cases, factors other than the nature of the employee's position may also suffice to justify the imposition of a residence requirement.

86

It is worth noting that treating different occupations differently as regards the justifiability of residence requirements is supported by a certain line of American case law. While much of the reasoning in those cases is specific to the American constitutional context (insofar as it focuses on the appropriate level of "constitutional scrutiny" — as it is known — to be applied in a given case), it is nevertheless apposite here insofar as it lends support to the view that the main premise underlying the appellant's third "public interest" is sound. Thus, in *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 v. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* denied, 424 U.S. 977 (1976), for example, the Ohio Court of Appeals found that a residence requirement imposed on municipal employees of the city of Youngstown was constitutionally valid as regards policemen, but invalid as regards the plaintiff, who was a maintenance worker at the local airport. Similarly, in *Detroit Police Officers Ass'n v. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appeal dismissed for want of substantial federal question, 405 U.S. 950 (1972), a majority of the Supreme Court of Michigan upheld a municipal residence requirement imposed on officers of the Detroit police force, finding expressly that by virtue of their position as emergency workers, police officers can be distinguished from other kinds of employees; see also *Hanson v. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (D. Kan. 1973), wherein a residence requirement imposed on schoolteachers was held invalid as not resting on any "reasonable basis". While it is true that a significant number of American cases have upheld residence requirements even in respect of non-emergency employees, they have largely done so not on the basis that the requirements constituted justified violations of rights, but rather on the ground that the particular right asserted by the plaintiff — normally a "right to travel" or a "right to equal protection" — was not violated at all; see, e.g., *Ector, supra*; *Andre v.*

nels. J'ajouterais que, dans certains cas, des facteurs autres que les fonctions de l'employé peuvent également être suffisants pour justifier l'obligation de résidence.

Il convient de signaler qu'un courant de la jurisprudence américaine approuve que l'on traite différemment des occupations différentes dans la détermination du caractère justifiable de l'obligation de résidence. Bien que le raisonnement suivi dans ces affaires soit particulier au contexte constitutionnel américain (car il met l'accent sur le niveau approprié d'«examen constitutionnel» — ainsi que cette notion est connue — applicable à une affaire donnée), il est néanmoins pertinent en l'espèce dans la mesure où il autorise à conclure au bien-fondé de la principale prémisse sur laquelle s'appuie le troisième motif d'«intérêt public» de l'appelante. Ainsi, dans l'arrêt *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 c. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* refusé, 424 U.S. 977 (1976), par exemple, la Cour d'appel de l'Ohio a jugé constitutionnelle l'obligation de résidence imposée aux employés de la ville de Youngstown quant aux policiers mais non quant au demandeur, qui était préposé à l'entretien de l'aéroport local. De la même façon, dans la décision *Detroit Police Officers Ass'n c. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appel rejeté en raison de l'absence d'une importante question de nature fédérale, 405 U.S. 950 (1972), la Cour suprême du Michigan, à la majorité, a jugé valide l'obligation de résidence que la ville de Détroit imposait à ses policiers, concluant expressément que le statut d'employés ayant à répondre à des urgences distinguait les agents de police des autres types d'employés; voir également la décision *Hanson c. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (D. Kan. 1973), où la cour a déclaré invalide une obligation de résidence imposée à des enseignants, parce qu'elle n'avait pas de [TRADUCTION] «fondement raisonnable». Il est vrai que, dans un nombre important de décisions américaines, les tribunaux ont reconnu la validité de l'obligation de résidence, même à l'égard d'employés n'ayant pas à répondre à des urgences, mais ils sont, pour la plupart, parvenus à cette conclu-

Board of Trustees of the Village of Maywood, 561 F.2d 48 (7th Cir. 1977); and *Salem Blue Collar Workers Ass'n v. City of Salem*, 33 F.3d 265 (3rd Cir. 1994); see also Hampton, *supra*; R. S. Myers, "The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look" (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24; and Note, "Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection" (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Having accepted that residence requirements related to specific occupations might, in some cases, be justified, the question here becomes whether the requirement imposed on the respondent can be upheld on that ground. In my view, it cannot, and this for two reasons. The first has to do with the ambit of the requirement itself. As noted earlier, the residence requirement at issue here applies not only to employees whose functions, for one reason or another, require that they be proximate to their place of work. Rather, it applies to all permanent employees of the municipality hired after October 23, 1984. In my view, this renders the requirement too broad to be justified on the basis of the third "public interest" relied on by the appellant. The concerns underlying this finding were well expressed by the New Hampshire Supreme Court in *Donnelly v. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971). There, that court expressly recognized that a municipal ordinance imposed by the defendant city upon the plaintiff schoolteacher violated the latter's right to choose where to live, and had this to say, at p. 791:

[T]he ordinance can be upheld only if the requirement that the employees live within the city serves a public interest which is important enough to justify the restriction on the private right. There is nothing in the record before us nor have any reasons been advanced which would justify the broad restrictions of this ordinance.

sion non pas parce que l'obligation en cause constituait une violation justifiée de droits, mais parce que le droit particulier revendiqué par le demandeur — habituellement le «droit de se déplacer» ou le «droit à une protection égale» — n'avait pas été transgressé; voir, par exemple, *Ector*, précité; *Andre c. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (7th Cir. 1977); *Salem Blue Collar Workers Ass'n c. City of Salem*, 33 F.3d 265 (3rd Cir. 1994). Voir également Hampton, *loc. cit.*; R. S. Myers, «The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look» (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24, et Note, «Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection» (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Comme j'ai convenu que l'obligation de résidence liée à des occupations déterminées peut, dans certains cas, être justifiée, il me faut maintenant déterminer si l'obligation imposée à l'intimée est justifiable pour ce motif. À mon avis, elle ne l'est pas, pour deux raisons. La première découle de la portée de l'obligation elle-même. Comme je l'ai déjà mentionné, l'obligation de résidence visée en l'espèce ne s'applique pas seulement aux employés dont les fonctions, pour une raison ou pour une autre, exigent qu'ils habitent à proximité de leur lieu de travail. Tous les employés permanents de la municipalité engagés après le 23 octobre 1984 y sont assujettis. J'estime que cela rend la portée de l'obligation trop large pour que le troisième motif d'«intérêt public» invoqué par l'appellante puisse la justifier. La Cour suprême du New Hampshire a bien exprimé les considérations fondant cette conclusion, dans la décision *Donnelly c. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971). Elle a expressément reconnu qu'une ordonnance municipale imposée au demandeur enseignant par la ville défenderesse portait atteinte au droit du demandeur de choisir le lieu où il voulait vivre. Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 791:

[TRADUCTION] [L]'ordonnance ne peut être déclarée valide que si l'intérêt public servi par l'obligation faite aux employés de vivre dans les limites de la municipalité revêt une importance suffisante pour justifier l'empiètement sur un droit privé. Il n'y a rien dans la preuve qui nous a été soumise ni dans les arguments qui nous

We do not say that there are no employees whose residence near their place of duty may not be important enough to justify a restriction upon their place of residence but if such restrictions are permissible as to some this does not justify the broad and all inclusive requirement that all employees live within the city limits. Nothing has been brought to our attention . . . which would justify the application of the restriction to schoolteachers. [Emphasis added.]

ont été présentés qui justifie les restrictions étendues imposées par cette ordonnance. Nous ne disons pas que la proximité de la résidence d'un employé du lieu où il exécute ses fonctions ne pourrait jamais avoir une importance suffisante pour justifier d'imposer des limites au choix de son lieu de résidence, mais si une telle restriction est acceptable pour certains employés, on ne peut pour autant en conclure qu'il est justifié d'imposer à tous les employés l'obligation absolue et générale de vivre dans les limites de la municipalité. Aucun argument n'a été avancé [. . .] pour justifier l'application de cette restriction aux enseignants. [Je souligne.]

88

The second reason I cannot accept the appellant's submissions is that even if the residence requirement were restricted, say, to emergency workers, the respondent would not, in my view, fall within that class of employees. Indeed, while the tasks performed by a police radio operator are undoubtedly important in the day to day administration of law enforcement, they do not seem to me to fall within the same class of essential services as, for example, the tasks performed by firefighters, ambulance workers, or police officers themselves. Consequently, I would reject the appellant's contentions in this regard.

La deuxième raison pour laquelle je ne puis accepter l'argument de l'appelante est que même si l'obligation de résidence était limitée aux travailleurs appelés à répondre à des urgences, par exemple, l'intimée n'entre pas, selon moi, dans cette catégorie d'employés. Les tâches exécutées par un préposé aux télécommunications du service de police sont certes importantes dans l'exercice quotidien des fonctions liées au maintien de l'ordre mais je ne pense pas qu'elles entrent dans la même catégorie de services essentiels que le travail des pompiers, des ambulanciers ou des policiers eux-mêmes, par exemple. Par conséquent, je ne saurais accueillir les prétentions de l'appelante à cet égard.

89

Two final points should be made. First, as I mentioned briefly earlier, the residence requirement at issue stipulates not only that the respondent must be a resident of Longueuil at the time she is hired, but also that she must remain a resident for the duration of her employment. While it is not necessary to decide the matter (and I do not do so), it seems to me that a residence requirement that intruded to a lesser degree on an employee's right to choose where to live — say, by requiring only that she be a local resident at the time she is hired — might stand a better chance of surviving a s. 7 review, even in respect of an employee whose job does not by its nature provide any justification for imposing a residence requirement. This is because where the violation of the right at issue is less severe, the state interests required to justify it may, generally speaking, be commensurately less pressing.

Il convient de faire deux dernières remarques. Premièrement, l'obligation de résidence en litige, comme je l'ai déjà mentionné brièvement, prévoit non seulement que l'intimée doit habiter à Longueuil au moment de son embauche mais également qu'elle doit maintenir sa qualité de résidente pendant toute la durée de son emploi. La question n'a pas à être tranchée (et je ne me prononce pas), mais il me semble qu'une obligation de résidence empiétant moins sur le droit d'un employé de choisir le lieu où il veut vivre — en n'exigeant la résidence qu'au moment de l'embauche, par exemple — aurait plus de chance de résister à un examen fondé sur l'art. 7, même à l'égard d'un employé occupant un emploi dont la nature ne justifie pas l'imposition d'une telle obligation. C'est que si l'atteinte au droit en cause est moins grave, les intérêts que l'État devra faire valoir pour la justifier peuvent être, de façon générale, proportionnellement moins urgents.

Secondly, I have no doubt that certain kinds of municipal activities that have the effect of impinging upon the individual's right to choose where to live will, in the normal run of cases, nevertheless be justified on the basis of compelling public interests. For example, municipal zoning by-laws that designate certain areas of a city as "commercial" and other areas as "residential" undoubtedly have the effect of constraining the ability of individuals to choose where they wish to establish their homes. It would appear to me, however, that in most — if not all — such cases, zoning by-laws (and other similar measures) will survive s. 7 scrutiny of the kind undertaken in these reasons on the ground that they intrude upon personal autonomy to only a very limited degree, while promoting a highly significant collective goal; namely, maintaining social and commercial order at the local level. No similar goal is advanced by the imposition of the residence requirement in this case.

Having found that none of the "public interests" suggested by the appellant suffices on the facts of this case to justify infringing the respondent's right to choose where to live, I conclude that the residence requirement at issue here violates the respondent's right to liberty in a manner that does not conform to the principles of fundamental justice and, therefore, that it contravenes one of the constitutional guarantees enshrined in s. 7 of the Canadian *Charter*. I should explain that I see no need to examine the issues in this appeal under the rubric of s. 1 of the *Charter*, given that all the considerations pertinent to such an inquiry have, I think, already been canvassed in the discussion dealing with fundamental justice. Moreover, and as this Court has previously held, a violation of s. 7 will normally only be justified under s. 1 in the most exceptional of circumstances, if at all; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, *per* Lamer J., and at pp. 523-24, *per* Wilson J. Such circumstances do not exist here.

My conclusion that the residence requirement at issue violates s. 7 of the Canadian *Charter* is of course sufficient, in and of itself, to dispose of the

Deuxièmement, je suis convaincu que certaines activités municipales ayant pour effet d'empiéter sur le droit de choisir le lieu où l'on veut vivre pourront néanmoins, dans des circonstances normales, être justifiées en raison d'intérêts publics impérieux. Par exemple, des règlements de zonage désignant certains secteurs d'une ville comme «commerciaux» et d'autres comme «résidentiels» restreignent à n'en pas douter la faculté des citoyens de choisir le lieu où ils souhaitent établir leur demeure. J'estime toutefois que la plupart, voire la totalité, de tels règlements (et d'autres mesures similaires) résisteraient à un examen fondé sur l'art. 7 comme celui qui est effectué dans les présents motifs, parce qu'ils empiètent très peu sur l'autonomie personnelle et qu'ils servent un objectif collectif extrêmement important, savoir maintenir l'ordre social et commercial au niveau local. L'obligation de résidence imposée en l'espèce ne vise aucun objectif analogue.

Comme aucun des motifs d'«intérêt public» invoqués par l'appelante ne permet selon moi, compte tenu des faits de l'espèce, de justifier la violation du droit de l'intimée de choisir le lieu où elle veut vivre, je conclus que l'obligation de résidence en cause porte atteinte au droit à la liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale et, par conséquent, qu'elle enfreint l'une des garanties constitutionnelles inscrites à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. J'ajouterai que je n'estime pas nécessaire d'examiner en fonction de l'article premier les questions soulevées par le présent pourvoi, étant donné que l'analyse relative à la justice fondamentale a, d'après moi, permis de passer en revue toutes les considérations pertinentes à cet égard. En outre, comme notre Cour l'a déjà affirmé, si tant est qu'une violation de l'art. 7 soit justifiable en vertu de l'article premier, elle ne l'est, normalement, que dans des circonstances exceptionnelles (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518, le juge Lamer et, aux pp. 523 et 524, le juge Wilson). Ces circonstances sont inexistantes en l'espèce.

Il suffit bien sûr de conclure que l'obligation de résidence en cause enfreint l'art. 7 de la *Charte* canadienne pour donner gain de cause à l'intimée

appeal in favour of the respondent. Nonetheless, I propose to undertake an analysis of the claim asserted under s. 5 of the Quebec *Charter* for, in my opinion, the residence requirement at issue here is equally violative of that provision and cannot be saved by the limitation provision found in s. 9.1. I turn to an examination of those matters.

(3) Issue 2: Whether the Residence Requirement Violates Section 5 of the Quebec Charter and Whether, if it Does, it Can Be Saved by Section 9.1

(a) *The Right to Privacy in Section 5*

93

Unlike the Canadian *Charter*, the scope of the Quebec *Charter* is not restricted to “government action”. Consequently, no issues of application need be discussed. Furthermore, given that I have already addressed the nature of the right asserted by the respondent in my discussion of s. 7 of the Canadian *Charter* (i.e., by finding that it is a “right to choose where to live” and not a “right to work” as contended by the appellant), it is unnecessary to revisit that question here. Nor do I consider it necessary to make any further comments with respect to the issue of waiver, for while the appellant pointed out that this Court’s decision in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, establishes the possibility of waiving rights to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter* in some circumstances, those circumstances do not exist in this case for the reasons given earlier in relation to waiver under the Canadian *Charter*. In light of these considerations, I propose to move directly to an examination of whether the appellant’s imposition of the residence requirement violated the Quebec *Charter* by depriving the respondent of the ability to choose where to establish her home.

94

I should first mention in this regard that the respondent raised arguments in this Court not only in respect of s. 5 of the Quebec *Charter*, but also in

dans le présent pourvoi. Je me propose néanmoins d’examiner l’argument fondé sur l’art. 5 de la *Charte* québécoise car, à mon avis, l’obligation de résidence contrevient également à cette disposition et ne peut être sauvegardée par application de la disposition limitative énoncée à l’art. 9.1. Je passe à l’examen de ces questions.

(3) Question 2: L’obligation de résidence porte-t-elle atteinte à l’art. 5 de la Charte québécoise et, dans l’affirmative, peut-elle être sauvegardée par application de l’art. 9.1?

a) *Le droit au respect de la vie privée garanti par l’art. 5*

La portée de la *Charte* québécoise, contrairement à celle de la *Charte* canadienne, ne se limite pas à l’«action gouvernementale». Par conséquent, la question de l’applicabilité ne se pose pas. En outre, comme j’ai déjà traité de la nature du droit revendiqué par l’intimée dans l’analyse fondée sur l’art. 7 de la *Charte* canadienne (en concluant qu’il s’agit du «droit de choisir le lieu où l’on veut vivre» et non, comme le prétendait l’appelante, d’un «droit au travail»), il n’est pas nécessaire de reprendre cet examen. Il ne me paraît pas nécessaire non plus d’ajouter à mes commentaires relatifs à la renonciation. En effet, bien que l’appelante ait fait valoir que l’arrêt de notre Cour *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d’assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 établit l’existence d’une possibilité de renonciation au droit au respect de la vie privée reconnu à l’art. 5 de la *Charte* québécoise dans certaines circonstances, j’estime, pour les raisons que j’ai exposées relativement à la question de la renonciation à un droit prévu par la *Charte* canadienne, que ces circonstances sont inexistantes en l’espèce. Je procéderai donc directement à l’examen de la question de savoir si l’obligation de résidence imposée par l’appelante a, en privant l’intimée de la faculté de choisir un lieu pour établir sa demeure, enfreint la *Charte* québécoise.

Il faut mentionner d’abord, à cet égard, que l’argumentation de l’intimée devant notre Cour ne portait pas que sur l’art. 5 de la *Charte* québécoise,

respect of s. 1. For convenience, I repeat those provisions here, in French and English:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

5. Every person has a right to respect for his private life.

As regards s. 5, the respondent contended that choosing where to live is a fundamentally personal decision, falling within the ambit of the "private life" protected by that provision. As regards s. 1, the respondent similarly alleged that the right to choose where to establish one's home falls within the scope of the right to "freedom".

Were there not another provision of the Quebec *Charter* aimed more directly at guaranteeing protection for individuals' private spheres of life, I would have had considerable sympathy for the respondent's s. 1 argument. It seems to me, however, that in enacting s. 5 in addition to s. 1, the Quebec legislator expressly contemplated the importance of protecting matters of a fundamentally private or personal nature, and deemed it appropriate to provide specific protection for them. In light of this, I am of the view that matters involving personal autonomy and privacy — such as choosing where to establish one's home — will normally be more appropriately addressed under s. 5. This is not necessarily to say that s. 1 does not protect personal autonomy at all; rather, it is simply to say that since s. 5 is, by its very terms, aimed directly at protecting individuals' private lives, matters that implicate privacy and personal autonomy will generally be better dealt with there. Since I am of the view that the right asserted by the respondent in this case is protected by s. 5, I find it unnecessary to address the arguments made in respect of s. 1.

mais également sur l'article premier. Par souci de commodité, je reproduis les versions française et anglaise de ces dispositions:

1. Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

5. Every person has a right to respect for his private life.

Pour ce qui est de l'art. 5, l'intimée soutient que le choix du lieu où l'on veut vivre est une décision essentiellement personnelle ressortissant au droit à la «vie privée» protégé par cette disposition. Relativement à l'article premier, elle plaide, pareillement, que le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure est inclus dans le droit à la «liberté».

N'eût été l'existence dans la *Charte québécoise* d'une disposition portant plus précisément sur la protection des aspects privés de la vie, j'aurais été enclin à souscrire à l'argument de l'intimée fondé sur l'article premier. Il me semble toutefois qu'en édictant l'art. 5 en plus de l'article premier, le législateur québécois a expressément considéré l'importance de protéger les domaines de nature fondamentalement privée ou personnelle et a jugé opportun de leur accorder une protection particulière. Par conséquent, j'estime que l'art. 5 sera normalement plus utile pour l'examen des questions relevant de l'autonomie personnelle et de la vie privée, comme le choix d'un lieu pour établir sa demeure. Cela ne veut pas nécessairement dire que l'article premier ne protège d'aucune façon l'autonomie personnelle, mais simplement que puisque l'art. 5, par son libellé même, concerne directement la protection de la vie privée, cette disposition permettra mieux de statuer sur les questions ayant trait à la vie privée et à l'autonomie personnelle. Comme je suis d'avis que le droit revendiqué par l'intimée en l'espèce est protégé par l'art. 5, je n'estime pas nécessaire de me prononcer sur les arguments soulevés en rapport avec l'article premier.

96

I turn, then, to the parties' submissions in respect of s. 5. The appellant, along with the *mis en cause*, argued that s. 5 found no application in the present case because it protects only (a) a very limited class of interests related directly to the individual himself or herself (such as physical image) and (b) certain kinds of confidential information (such as medical records or health status), but that it does not protect what I have described as a narrow sphere of personal autonomy. The respondent, by contrast, argued that the notion of "private life" ("*vie privée*") implicated by s. 5 has yet to be fully determined, that it should be found to include a limited sphere of personal autonomy with respect to personal decision-making, and that that sphere of autonomy should, in turn, be found to include the right to choose where to establish one's home.

97

The Quebec courts have clearly recognized that, in appropriate cases, such things as confidential or personal information will be found to enjoy the protection of s. 5 of the Quebec Charter; see, e.g., *Reid v. Belzile*, [1980] C.S. 717, and *Centre local de services communautaires de l'Érable v. Lambert*, [1981] C.S. 1077 (both dealing with medical records); *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.) (dealing with photographic image); and *The Gazette (Division Southam Inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) (protecting personal information concerning state of health from becoming public); see also P. A. Molinari and P. Trudel, "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications", in *Formation permanente du Barreau du Québec, Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 197. I have no doubt that the decisions mentioned, so far as they go, accurately express part of what is captured within the scope of a right to "respect for [one's] private life". In my view, however, the respondent is correct in claiming that the ambit of the right to privacy has not yet been fully delineated and that other aspects of "private life" may, as cases arise, be found to enjoy the protection of s. 5. In my view, one of those other

Je passe donc à l'examen des arguments des parties ayant trait à l'art. 5. L'appelante et le mis en cause ont affirmé que cette disposition ne s'appliquait pas en l'espèce parce qu'elle protégeait uniquement une catégorie très limitée d'intérêts liés directement à la personne (comme l'image physique) et certains types de renseignements confidentiels (comme le dossier médical ou l'état de santé), mais non ce que j'ai décrit comme une sphère limitée d'autonomie personnelle. L'intimée, quant à elle, avance que la notion de «vie privée» («*private life*») visée à l'art. 5 n'a pas encore été entièrement définie et qu'elle devrait être interprétée de manière à inclure une sphère limitée d'autonomie personnelle en ce qui a trait aux décisions d'ordre privé, laquelle sphère devrait comprendre le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure.

Les tribunaux québécois ont clairement reconnu que, dans les cas où cela est justifié, les renseignements confidentiels ou personnels jouiront de la protection de l'art. 5 de la Charte québécoise; voir les décisions *Reid c. Belzile*, [1980] C.S. 717, et *Centre local de services communautaires de l'Érable c. Lambert*, [1981] C.S. 1077 (traitant toutes deux du dossier médical); *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.) (concernant l'image photographique), et *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) (empêchant la communication de renseignements concernant l'état de santé). Voir également: P. A. Molinari et P. Trudel, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications», dans *Formation permanente du Barreau du Québec, Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 197. Il ne fait aucun doute pour moi que les décisions mentionnées décrivent avec précision, chacune dans leur mesure, une partie de ce que comporte le droit au «respect de [l]a vie privée». J'estime cependant que l'intimée a raison d'affirmer que la portée du droit à la vie privée n'a pas été entièrement délimitée et que des cas pourront se présenter où il sera possible de juger que la protection prévue à l'art. 5 s'applique à d'autres aspects de la «vie privée». À mon avis, la sphère limitée d'autonomie person-

aspects is that narrow sphere of personal autonomy within which inherently private choices are made.

This view finds confirmation, *inter alia*, in *Valiquette, supra*, at p. 36, where Michaud C.J.Q. (speaking for a unanimous panel of the Quebec Court of Appeal) stated:

[TRANSLATION] The right to one's private life, which is considered one of the most fundamental of the personality rights . . . has still not been formally defined.

It is possible, however, to identify the components of the right to respect for one's private life, which are fairly specific. What is involved is a right to anonymity and privacy, a right to autonomy in structuring one's personal and family life and a right to secrecy and confidentiality. [Emphasis added; citation omitted.]

I endorse the views expressed by Michaud C.J.Q. and find, accordingly, that s. 5 of the Quebec Charter protects, among other things, the right to take fundamentally personal decisions free from unjustified external interference. But as in the case of the Canadian Charter, where I found that the sphere of autonomy protected by the liberty interest in s. 7 is narrowly circumscribed, I am of the view that the scope of decisions falling within the sphere of autonomy protected by s. 5 is similarly limited; viz., only those choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature will be protected.

Having found that the right to make fundamentally personal decisions is protected by s. 5, the next question is whether choosing where to live qualifies as one of those decisions. For the reasons expressed in relation to s. 7 of the Canadian Charter, I am of the view that it does, and I do not propose to repeat my earlier comments here. Suffice it to say that by virtue of both the intimately personal considerations that factor into one's choice as to where to live and the very significant effects that choice inevitably has on one's personal affairs, the right to be free from unjustified interference in making a decision as to where to establish and maintain one's home seems to me to fall squarely within the scope of the Quebec Charter's guarantee of "respect for [one's] private life". Since the residence requirement imposed by the appellant

nelle où se forment des choix intrinsèquement privés est l'un de ces autres aspects.

L'arrêt *Valiquette*, précité, confirme notamment cette opinion. Le juge en chef Michaud, exprimant l'opinion unanime de la formation de la Cour d'appel, a écrit, à la p. 36:

Qualifié comme l'un des droits les plus fondamentaux des droits de la personnalité [. . .] le droit à la vie privée échappe encore à une définition formelle.

Il est possible cependant de relever les composantes du droit au respect de la vie privée, lesquelles sont relativement précises. Il s'agit du droit à l'anonymat et à l'intimité ainsi que le droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale ou encore le droit au secret et à la confidentialité. [Je souligne; citation omise.]

Je partage les vues du juge en chef Michaud, et je conclus, en conséquence, que l'art. 5 de la Charte québécoise protège notamment le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe induite. Tout comme j'ai conclu, relativement à la Charte canadienne que la sphère d'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 a une portée étroitement circonscrite, je conclus que la portée des décisions relevant de la sphère d'autonomie protégée par l'art. 5 est pareillement limitée, car seuls les choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle bénéficieront d'une protection.

Ayant conclu que le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles est protégé par l'art. 5, j'en viens à la question de savoir si le choix du lieu où l'on veut vivre est l'une de ces décisions. Pour les raisons exposées au sujet de l'art. 7 de la Charte canadienne, je suis d'avis qu'il l'est. Sans répéter mes commentaires antérieurs, je me bornerai à dire qu'en raison des considérations intimes qui motivent le choix du lieu où l'on veut vivre et des répercussions extrêmement importantes que ce choix entraîne inévitablement sur les affaires personnelles, j'estime que le droit de décider sans intervention injustifiée où l'on veut établir et maintenir sa demeure est clairement visé par la garantie du droit au «respect de [l]a vie privée» énoncée par la Charte québécoise. Comme l'obligation de résidence imposée par l'appelante a

essentially precluded the respondent from making that choice freely, it violates s. 5.

100

This conclusion draws significant support from the majority decision of Gendreau J.A. in *Brasserie Labatt*, *supra*, upon which Gendreau J.A. himself relied in rendering his judgment in the present case. There, the respondent was required to move with his family from Quebec City to Montreal as a term of a promotion he was given within the management of the appellant brewery. While the respondent himself moved to Montreal, his family did not join him and, after a number of months, he was fired on the ground that he had failed to comply with the residence requirement in his contract. Gendreau J.A. held that the residence requirement was both contrary to public policy and violative of s. 5 of the Quebec *Charter*. In making his findings in respect of the latter ground, he stated, at p. 79:

[TRANSLATION] I do not believe that the right to one's private life set out in the Charter cannot include protection of the type and degree of cohabitation chosen by spouses and their children. In other words, where an employer imposes the location of the conjugal home and requires spouses and their children to live together more or less all of the time out of a concern for image and greater efficiency, it seems to me that this interferes with the protection of private life as defined in the Charter, in relation to the employee, the employee's spouse and each of the employee's children, and is therefore prohibited.

101

Baudouin J.A. found that *Brasserie Labatt* could be distinguished from this case on the basis that, unlike the residence requirement at issue there, the residence requirement here does not apply to anyone other than the respondent. With respect, I disagree. While the residence requirement at issue in *Brasserie Labatt* did apply explicitly to the respondent's family (and, in that sense, differed from the one at issue here), the gist of the respondent's claim in that case was, nonetheless, exactly the same as that of the respondent's here; namely, that by imposing a residence requirement, the respective employers in each case have invaded a sphere of personal autonomy within which individuals must be left to make their own fundamentally pri-

essentiellement empêché l'intimée de faire ce choix librement, elle contrevient à l'art. 5.

Cette conclusion trouve un appui considérable dans la décision que le juge Gendreau a rendue, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Brasserie Labatt*, précité, et dont il s'est lui-même inspiré pour statuer sur la présente affaire. Dans l'affaire *Brasserie Labatt*, l'intimé devait déménager avec sa famille de Québec à Montréal pour respecter une condition de la promotion qu'il avait obtenue au sein de la gestion de l'entreprise appelante. L'intimé avait déménagé, mais sa famille ne l'avait pas rejoint et, après quelques mois, il a été remercié de ses services parce qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence stipulée dans son contrat. Le juge Gendreau a statué que l'obligation de résidence était contraire à l'ordre public et contrevenait à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Relativement à ce dernier motif, il a fait le commentaire suivant, à la p. 79:

[Je ne crois pas que le droit à la vie privée prévu à la charte ne puisse pas s'étendre à la protection de la forme, de la portée et de l'étendue de la cohabitation choisie par deux époux et leurs enfants. En d'autres termes, l'imposition par un employeur de la localisation du domicile conjugal et du mode de partage plus ou moins complet de la vie commune, pour des motifs d'image et de plus grande efficacité, me semble une violation de la protection de la vie privée telle que définie à la charte, tant vis-à-vis l'employé que pour son conjoint et chacun de ses enfants, et est donc prohibée.

Le juge Baudouin a affirmé que la présente espèce se distingue de l'affaire *Brasserie Labatt* en ce que l'obligation de résidence visée en l'espèce ne s'applique à personne d'autre que l'intimée. Je ne puis me ranger à cette opinion. S'il est vrai que l'obligation de résidence visée dans l'affaire *Brasserie Labatt* s'appliquait expressément à la famille de l'intimé (dans ce sens, elle différait de l'obligation en l'espèce), l'essentiel de l'argument avancé par l'intimé dans cette affaire n'en était pas moins analogue en tout point à celui que soumet l'intimée en l'espèce, c'est-à-dire qu'en imposant leur obligation de résidence les employeurs respectifs se sont ingérés dans la sphère d'autonomie personnelle à laquelle chacun a droit pour effectuer des

vate choices. Indeed, to find as Baudouin J.A. did that the respondent in *Brasserie Labatt* could benefit from s. 5 but that the respondent in this case cannot would, in my view, amount to finding that residence requirements imposed only on employees themselves do not violate the “right to choose where to live” while those imposed on the employee and his or her family do. Again, with respect, I see no basis for this distinction.

For all these reasons, I am of the view that the residence requirement imposed by the appellant violates the respondent’s right to respect for her private life, enshrined in s. 5 of the Quebec *Charter*. I will now examine whether that violation can be justified under s. 9.1.

(b) *Section 9.1*

Section 9.1 of the Quebec *Charter* reads as follows in French and English:

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s’exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

As is evident from its very terms, s. 9.1 allows for the possibility that the “fundamental freedoms and rights” enshrined in the Quebec *Charter* may be subject to limits fixed by law. While it might be argued — I do not say how successfully — that the residence requirement at issue would not constitute a “law” for the purposes of s. 9.1, and while there appears to be some uncertainty in the academic literature as to whether the first paragraph of s. 9.1 can ever apply to limit rights even where no applicable “law” does so (see, e.g., F. Chevrete, “La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit”, in *De*

choix fondamentalement privés. En fait, conclure comme l’a fait le juge Baudouin que l’intimé dans l’affaire *Brasserie Labatt* pouvait se prévaloir de l’art. 5 mais que l’intimée en l’espèce en est empêchée revient, à mon avis, à conclure que l’obligation de résidence imposée aux seuls employés ne contrevient pas au «droit de choisir le lieu où l’on veut vivre» tandis que celle qui vise l’employé et sa famille enfreint ce droit. Je le répète respectueusement, cette distinction n’est pas fondée.

Pour tous ces motifs, je suis d’avis que l’obligation de résidence imposée par l’appelante porte atteinte au droit au respect de la vie privée qui est reconnu à l’intimée à l’art. 5 de la *Charte* québécoise. J’aborde maintenant la question de savoir si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l’art. 9.1.

b) *L’article 9.1*

L’article 9.1 de la *Charte* québécoise est ainsi conçu en français et en anglais:

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s’exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l’ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l’exercice.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

Comme il appert de son libellé même, cette disposition prévoit la possibilité que des limites soient apportées législativement aux «libertés et droits fondamentaux» garantis par la *Charte* québécoise. Bien qu’on puisse prétendre — je ne m’avance pas sur le succès de l’argument — que l’obligation de résidence en litige ne constituerait pas une «loi» pour l’application de l’art. 9.1 et bien que la doctrine ne semble pas fixée sur la question de savoir si le premier paragraphe de l’art. 9.1 peut avoir pour effet de limiter des droits même en l’absence de «loi» applicable en ce sens (voir F. Chevrete, «La disposition limitative de la Charte des droits et

la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis (1989), 71), I do not consider it necessary to pronounce specifically upon either of those issues. I take this view for the following reasons.

104

First, neither issue was explicitly addressed by the parties and, consequently, the Court has not had the benefit of counsel's submissions on the questions they raise. Putting that matter aside, however, and operating on the assumption that s. 9.1 properly applies here, I am of the opinion that it would not, in any event, avail the appellant in this case. As this Court unanimously held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 9.1 of the Quebec Charter is to be interpreted and applied in the same manner as s. 1 of the Canadian Charter. Thus, as the Court explained in *Ford*, the party seeking to justify a limitation on a plaintiff's Quebec Charter rights under s. 9.1 must bear the burden of proving both that such a limitation is imposed in furtherance of a legitimate and substantial objective and that the limitation is proportional to the end sought, inasmuch as (a) it is rationally connected to that end, and (b) the right is impaired as little as possible; see *Oakes, supra*; and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Essentially for the reasons I gave in my discussion of fundamental justice in the context of s. 7 of the Canadian Charter, I am of the opinion that two of the objectives suggested by the appellant as the basis for imposing the residence requirement on the respondent in this case — namely, (i) the maintenance of a high standard of municipal services and (ii) the stimulation of local business and municipal taxation revenue — are not so significant or pressing as to justify overriding the respondent's s. 5 right to respect for her private life. As regards the third objective advanced by the appellant — i.e., ensuring that workers performing essential public services are physically proximate to their place of work — I am unable to conclude that the very broad residence requirement at issue is either rationally connected to the end sought to be achieved, or that it is proportional to it. Moreover, the specific evidence advanced by the appellant in respect of the justifications it offered was scant at best and, in my

libertés de la personne: le dit et le non-dit», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il faille statuer sur l'une ou l'autre de ces questions en l'espèce.

Premièrement, les parties n'ayant explicitement soulevé ni l'une ni l'autre des questions, la Cour n'a pas pu prendre connaissance des observations des avocats sur le sujet. Cela dit, en supposant que l'article 9.1 s'applique bien en l'espèce, je suis d'avis qu'il ne serait d'aucune utilité à l'appelante dans le présent pourvoi. Comme notre Cour l'a affirmé à l'unanimité dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 9.1 de la Charte québécoise doit être interprété et appliqué de la même manière que l'article premier de la Charte canadienne. Ainsi que la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ford*, la partie qui invoque l'art. 9.1 pour tenter de justifier la limitation d'un droit garanti par la Charte québécoise a donc la charge de prouver que cette limite est imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit est minimale; voir l'arrêt *Oakes*, précité, et l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Je suis d'avis, essentiellement pour les raisons que j'ai exposées relativement à la notion de justice fondamentale dans le contexte de l'art. 7 de la Charte canadienne, que deux des objectifs sur lesquels l'appelante dit fonder l'obligation de résidence imposée en l'espèce à l'intimée, savoir le maintien de services municipaux de haute qualité ainsi que la stimulation du commerce local et l'accroissement des revenus fiscaux, ne sont pas assez importants ou urgents pour justifier l'atteinte au droit de l'intimée au respect de la vie privée, que garantit l'art. 5. Pour ce qui est du troisième objectif — s'assurer que les travailleurs fournissant des services publics essentiels soient physiquement à proximité de leur lieu de travail — je ne puis conclure que l'obligation de résidence extrêmement étendue qui est en cause ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi ni qu'elle lui soit proportionnelle. De plus, les éléments de preuve particuliers présentés par l'appelante à l'appui des raisons

view, is incapable of permitting the appellant to discharge its burden of proof. I conclude, therefore, that the infringement of the respondent's right to choose where she wishes to live has not been justified under s. 9.1. Just as I found that the appeal should be dismissed on the basis that the residence requirement violates s. 7 of the Canadian *Charter*, then, I also find that it should be dismissed on the basis that that requirement unjustifiably violates the respondent's right to respect for her private life under s. 5 of the Quebec *Charter*. I turn now to consider the respondent's cross-appeal on the issue of what I have called the "interim damages".

B. *The Cross-Appeal*

Before setting out my findings on this aspect of the case, it will be useful to restate briefly the pertinent facts and the issues they raise. On September 14, 1995, the Court of Appeal released its reasons for judgment and found, in addition to its holdings on the substantive issues, that because they had not been properly quantified, damages in respect of the income lost by the respondent during the period between the trial and the appeal should not be awarded. No specific holding to this effect was included in the formal judgment, however, and the respondent brought a motion for rectification, asking that the court amend its formal judgment and award the "interim damages". For its part, the Court of Appeal granted the motion on November 15, 1995 but amended its reasons in the manner set out earlier. In this Court, the appellant alleges that the Court of Appeal erred in issuing the rectificatory judgment in the first place, inasmuch as that judgment amounted to pronouncing upon a matter that was already *res judicata*, while the respondent claims that the Court of Appeal erred in three ways: (a) in refusing to allow her to introduce evidence at the appeal hearing in respect of the interim damages; (b) in failing to request that the parties submit additional argument in respect of the interim damages claim; and (c) in

invoquées comme justification sont, pour mettre les choses au mieux, insuffisantes et ne lui permettent pas, selon moi, de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. Je conclus, par conséquent, que l'atteinte au droit de l'intimée de choisir le lieu où elle souhaite vivre n'a pas été justifiée en vertu de l'art. 9.1. Tout comme j'ai exprimé l'opinion qu'il convient de rejeter le pourvoi parce que l'obligation de résidence contrevient à l'art. 7 de la *Charte* canadienne, je conclus pareillement qu'il devrait être rejeté parce que cette obligation porte atteinte de façon injustifiable au droit de l'intimée au respect de la vie privée reconnu à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. J'aborde maintenant l'examen du pourvoi incident en ce qui concerne la question de ce que j'ai appelé les «dommages-intérêts ultérieurs».

B. *Le pourvoi incident*

Avant de formuler mes conclusions sur cet aspect du pourvoi, j'estime utile de rappeler brièvement les faits pertinents et les questions qu'ils soulèvent. Le 14 septembre 1995, la Cour d'appel a rendu publics les motifs de son jugement et a ajouté à ses conclusions de fond une conclusion portant que, parce que le montant des dommages-intérêts découlant de la perte de revenus subie par l'intimée entre le procès et l'appel n'avait pas été correctement établi, la Cour ne pouvait les octroyer. Le dispositif du jugement ne renfermait cependant aucune conclusion explicite à cet effet, et l'intimée a présenté une requête en rectification demandant à la Cour de modifier son dispositif et d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs». La Cour a fait droit à la requête le 15 novembre 1995, mais en apportant au jugement les modifications précédemment décrites. L'appelante plaide devant notre Cour que le fait même de prononcer un jugement rectificatif constitue une erreur, dans la mesure où il y avait chose jugée sur la question faisant l'objet de ce jugement. L'intimée, quant à elle, soutient que la Cour d'appel a commis trois erreurs: a) elle a refusé de l'autoriser à présenter, lors de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts ultérieurs, b) elle n'a pas demandé aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires relativement à la demande de dommages-intérêts ultérieurs, c)

failing to remand the matter to the Superior Court to be decided there.

106

To my mind, the issues raised in the cross-appeal can be addressed relatively quickly. I begin with the appellant's submission in respect of whether the issuance of the rectificatory judgment itself constituted an error. As I mentioned when setting out the issues, this claim is, technically speaking, a part of the main appeal but, for convenience, I have chosen to address it here. The crux of the argument was that because the reasons of September 14 made sufficiently clear that no interim damages would be awarded, the Court of Appeal ought not to have issued its November 15 judgment at all. While I agree that Baudouin J.A.'s September 14 reasons make plainly clear the Court of Appeal's refusal to award the interim damages, I do not find that the rectificatory judgment of November 15 amounted to re-examining a matter that was already *res judicata*. As I see it, the November 15 reasons constituted nothing more than an attempt by the Court of Appeal to formalize with precision the conclusion it had reached some two months earlier. They did not reopen the matters at issue; nor did they alter in any way the substance of the judgment that had already been rendered. Consequently, I cannot conclude, as the appellant urges, that the issuance of the rectificatory judgment constituted reversible error.

107

I should note in this regard that what appeared to concern the appellant most about the November 15 reasons was the following passage from the addendum that the Court of Appeal sought to include in its September 14 judgment:

[TRANSLATION]

DISMISSES, on the ground that it is unenforceable, the conclusion in the notice of appeal . . .

. . .

without prejudice to any of the [respondent's] rights or remedies arising from this judgment. [Emphasis added.]

The respondent treated this passage as conferring upon her a right to pursue further recourses to recover the interim damages and, in this respect,

elle n'a pas renvoyé la question à la Cour supérieure pour que celle-ci la tranche.

Je crois que les questions soulevées par le pourvoi incident peuvent être réglées assez rapidement. Prenons d'abord l'argument de l'appelante sur la question de savoir si le prononcé du jugement rectificatif était en soi une erreur. Comme je l'ai mentionné en énonçant les questions en litige, ce point fait techniquement partie du pourvoi principal mais, par souci de commodité, j'ai choisi de l'examiner ici. Essentiellement, l'appelante soutient que parce qu'il ressort suffisamment clairement des motifs rendus le 14 septembre que la Cour d'appel n'accordait pas les dommages-intérêts ultérieurs, il n'y avait pas lieu de prononcer le jugement du 15 novembre. Je conviens que le refus d'accorder ces dommages-intérêts ressort clairement des motifs rendus par le juge Baudouin le 14 septembre, mais je ne suis pas d'avis que le jugement du 15 novembre statuait de nouveau sur une chose jugée. Selon moi, par ce jugement, la Cour d'appel tentait tout au plus de préciser formellement la conclusion à laquelle elle était parvenue deux mois plus tôt. Elle n'a pas rouvert la question en litige, pas plus qu'elle n'a modifié de quelque façon la substance du jugement qu'elle avait déjà rendu. Par conséquent, je ne puis conclure, comme m'y invite avec insistance l'appelante, que le prononcé du jugement rectificatif constitue une erreur justifiant infirmation.

Je signale, à cet égard, que ce qui semble préoccuper le plus l'appelante, dans les motifs du 15 novembre, est le passage suivant du texte que la Cour d'appel a voulu ajouter à son jugement du 14 septembre:

REJETTE, parce qu'inexécutoire, la conclusion de l'avis d'appel . . .

. . .

tout en réservant à l'[intimée] tous ses droits et recours découlant du présent arrêt. [Je souligne.]

L'intimée a considéré que ce passage lui donnait le droit de rechercher le recouvrement des dommages-intérêts ultérieurs par d'autres voies de

the appellant viewed the rectificatory judgment as depriving it of a decision that had already been rendered in its favour. For my part, I do not read this passage in the manner advanced by the respondent. Indeed, to my mind, it simply serves to confirm that in formalizing its refusal to award the interim damages, the Court of Appeal did not want to be taken as having altered any findings it had made in its September 14 reasons. Read in this manner, the issuance of the rectificatory judgment did not have any detrimental effect on the legal position of the appellant.

As regards the respondent's submissions concerning how the Court of Appeal dealt with the interim damages issue — which are the matters truly raised in the cross-appeal itself — I am similarly unable to find any reversible error. In respect of the first claim (concerning the refusal of the Court of Appeal to admit the respondent's interim damages evidence during the appeal hearing itself), the Court of Appeal pointed out that the respondent could, in the course of the appeal proceedings, easily have presented evidence with respect to the quantum of the interim damages had she followed the proper procedures. Instead of doing so, however, the respondent simply attempted to introduce such evidence during the oral hearing itself, and then only after questions with respect to quantification had been raised by members of the court. As both the Court of Appeal and the appellant pointed out, allowing this evidence to be introduced at that stage would not have given the appellant ample opportunity to verify the figures the respondent claimed represented her losses. I cannot see how the Court of Appeal's refusal to permit the respondent to proceed in this manner could constitute reversible error.

Moreover, as the Court of Appeal itself explained in its September 14 reasons (*per* Baudouin J.A.), the respondent could have presented evidence in respect of the interim damages claim not only as part of the appeal itself but also at any time before judgment, pursuant to art. 199 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Nearly a whole year elapsed between the

recours et l'appelante, à cet égard, y a vu le retrait d'une décision déjà rendue en sa faveur. Je ne crois pas que cet extrait ait le sens que l'intimée lui prête. J'estime en effet qu'il ne fait que confirmer que la Cour d'appel, en exprimant formellement son refus d'octroyer des dommages-intérêts ultérieurs, ne voulait pas donner à penser qu'elle modifiait les conclusions formulées dans ses motifs du 14 septembre. Vu sous cet angle, le jugement rectificatif n'a eu aucun effet préjudiciable sur la position juridique de l'appelante.

L'argumentation de l'intimée concernant le traitement par la Cour d'appel de la question des dommages-intérêts ultérieurs — sur lequel porte véritablement le pourvoi incident — ne me convainc pas non plus qu'il y a eu erreur justifiant infirmation. Relativement au premier argument (portant sur le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les dommages-intérêts ultérieurs pendant l'audition de l'appel lui-même), la Cour d'appel a souligné qu'il aurait été facile à l'intimée de soumettre la preuve relative au montant de ces dommages-intérêts pendant la procédure d'appel, si elle avait suivi les règles applicables. Au lieu de cela, elle a simplement tenté de présenter cette preuve à l'audition même de l'appel, et encore, seulement après que la cour eut posé des questions au sujet du montant des dommages-intérêts. Comme la Cour d'appel et l'appelante l'ont signalé, l'appelante n'aurait pas disposé de beaucoup de temps pour vérifier les chiffres présentés par l'intimée comme le montant de la perte qu'elle avait subie, si la cour avait autorisé, à ce stade, la présentation de cette preuve. Je ne vois pas d'erreur justifiant infirmation dans le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à procéder de cette façon.

Comme la Cour d'appel elle-même l'a expliqué dans ses motifs du 14 septembre (sous la plume du juge Baudouin), la présentation de la preuve relative aux dommages-intérêts ultérieurs aurait pu se faire non seulement au cours de l'appel lui-même, mais aussi à tout moment avant le prononcé du jugement, ainsi que le prévoit l'art. 199 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Il s'est

oral hearing and the handing down of judgment — a period during which the respondent would, of course, have been on notice that the Court of Appeal lacked sufficient evidence upon which to calculate any interim damages award — and still no attempt to quantify the interim damages in accordance with the appropriate procedure was made. In light of these considerations, I cannot accept that the Court of Appeal's refusal to grant the interim damages was based on some procedural error on its part. Rather, it was based simply on the fact that no evidence as to quantum had ever been properly placed before it.

110 In respect of the second and third claims (concerning whether the Court of Appeal should either have requested submissions on the interim damages issue or remanded the matter to the Superior Court), the respondent relied largely on art. 523 C.C.P. which reads in relevant part as follows:

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party to amend his written proceedings, to implead a person whose presence is necessary, or even, in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

It has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties. . . .

The very wording of art. 523 C.C.P. makes clear that it confers a discretion on the Court of Appeal to act in the interests of justice and to make whatever orders it deems necessary in order to safeguard the rights of the parties; see *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299. In the present case, the Court of Appeal simply chose not to exercise that discretion. Particularly given the clear opportunities the respondent had to present evidence in respect of her interim damages, I am not persuaded this Court would be justified in interfering with that decision.

écoulé presque une année complète entre l'audition de l'appel et le dépôt du jugement — pendant laquelle l'intimée savait, bien sûr, que la Cour d'appel ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour établir le montant des dommages-intérêts ultérieurs — mais l'intimée n'a pas tenté d'établir la preuve de ce montant conformément aux règles applicables. Il m'est donc impossible de conclure que le refus de la Cour d'appel d'octroyer les dommages-intérêts ultérieurs découlait d'une erreur procédurale de sa part. Cette décision reposait tout simplement sur le fait qu'aucun élément de preuve relatif au montant de ceux-ci ne lui avait été régulièrement présenté.

Relativement au deuxième et au troisième arguments (portant sur la question de savoir si la Cour d'appel aurait dû demander des observations au sujet des dommages-intérêts ultérieurs ou renvoyer cette question à la Cour supérieure), l'intimée fait fond en grande partie sur l'art. 523 C.p.c. dont le passage pertinent est ainsi libellé:

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties;

Il ressort clairement de la lecture de l'art. 523 C.p.c. que la disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle exerce dans l'intérêt de la justice et qui lui permet de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour préserver les droits des parties; voir *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299. En l'espèce, la Cour d'appel a simplement choisi de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire. Compte tenu, en particulier, du fait que l'intimée avait clairement la possibilité de présenter des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts ultérieurs, je ne suis pas convaincu que notre Cour pourrait à bon droit modifier cette décision.

V. Conclusions

Based on my findings that the residence requirement at issue unjustifiably violates both s. 7 of the Canadian *Charter* and s. 5 of the Quebec *Charter*, I would dismiss the appeal with costs. I would also dismiss the cross-appeal, but make no order as to costs.

The judgment of Gonthier, Cory and Iacobucci was delivered by

CORY J. — In his carefully considered reasons, Justice La Forest rests his decision primarily upon his conclusion that the resolution of the City of Longueuil requiring employees of the city to reside within its boundaries unjustifiably infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Although I agree with the conclusion reached by La Forest J. to dismiss the appeal, I would not base it upon an infringement of the Canadian *Charter*.

In the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, the judges were unanimous in their conclusion that the residence requirement was invalid but arrived at the result in different ways. Baudouin J.A. found that there was no infringement of a right protected by the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and that s. 7 of the Canadian *Charter* was not applicable. He concluded nevertheless that, under the general law as a matter of public order, in the absence of some pressing and overriding concern persons must have the right to live where they wish. The residence requirement was not justified and contravened public order by restricting employees in choosing their place of residence. It was on this basis that he found the residential requirement to be invalid.

Fish J.A. was in substantial agreement with the reasons of Baudouin J.A. but determined that the Quebec *Charter* did not need to be considered.

V. Conclusion

Ayant conclu que l'obligation de résidence en cause contrevient sans justification à l'art. 7 de la *Charte* canadienne et à l'art. 5 de la *Charte* québécoise, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident, sans toutefois rendre d'ordonnance quant aux dépens.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE CORY — Dans des motifs soigneusement rédigés, le juge La Forest fonde sa décision principalement sur la conclusion selon laquelle la résolution de la ville de Longueuil exigeant que ses employés résident dans les limites de la ville viole de façon injustifiable l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Bien que je souscrive à la conclusion tirée par le juge La Forest selon laquelle il convient de rejeter le pourvoi, je ne la ferais pas reposer sur une atteinte à la *Charte* canadienne.

Les juges de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, ont conclu à l'unanimité que l'obligation de résidence n'était pas valable, mais ils sont parvenus à ce résultat au terme de raisonnements différents. Le juge Baudouin a conclu qu'il n'y avait pas transgression d'un droit protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et que l'art. 7 de la *Charte* canadienne ne s'appliquait pas. Il a néanmoins décidé que l'ordre public prescrivait qu'en l'absence d'un intérêt urgent et primordial, chacun devait avoir le droit d'habiter où bon lui semblait. L'obligation de résidence n'était pas justifiée et elle allait à l'encontre de l'ordre public en limitant le choix du lieu de résidence des employés. En s'appuyant sur ce principe, il a conclu à l'invalidité de l'obligation de résidence.

Le juge Fish a souscrit pour l'essentiel aux motifs du juge Baudouin, mais il a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la *Charte* québécoise.

111

112

113

114

115

- 116 Gendreau J.A. based his decision upon s. 5 of the Quebec *Charter* which provides:
5. Every person has a right to respect for his private life.
- 117 Gendreau J.A., correctly in my view, relied upon his reasons given on behalf of the majority in *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), in concluding that the residence requirement infringed s. 5 of the Quebec *Charter*. Similarly, La Forest J., in the course of his scholarly reasons, found that the resolution of the City of Longueuil was invalid because it violated s. 5 of the Quebec *Charter*. I am in complete agreement with his reasoning on this issue. For me the infringement of s. 5 of the Quebec *Charter* provides a good and sufficient basis for dismissing this appeal and I would not consider the application of s. 7 of the Canadian *Charter*.
- 118 Although I would not consider s. 7 of the Canadian *Charter*, I cannot adopt the conclusion of the Court of Appeal that it is simply not applicable. This Court has recognized that the *Charter* can be applicable to municipal by-laws. See for example *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084. Yet I would prefer to withhold consideration of the application of s. 7 to a situation such as that presented in this case. The case raises important questions as to the scope of s. 7. Further, its application may have a significant effect upon municipalities. Before reaching a conclusion on an issue that need not be considered in determining this appeal I would like to hear further argument with regard to it including the submissions of interested parties and intervening Attorneys General of the provinces and Territories. Those submissions might well serve to change, vary or modify the approach the Court will take on this issue. Without hearing further argument on this question I would prefer not to hazard an opinion upon it.
- 119 Like La Forest J. I would dismiss the cross-appeal and make no order as to costs.
- Le juge Gendreau a fondé sa décision sur l'art. 5 de la *Charte* québécoise, qui prévoit:
5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.
- Le juge Gendreau s'est fondé, à juste titre selon moi, sur les motifs qu'il avait exposés au nom des juges majoritaires dans *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), pour conclure que l'obligation de résidence portait atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. De la même façon, le juge La Forest, dans ses motifs savants, a conclu que la résolution prise par la ville de Longueuil n'était pas valable parce qu'elle portait atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Je souscris entièrement à son raisonnement sur cette question. J'estime en effet que l'atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise constitue un motif suffisant pour rejeter le présent pourvoi et je n'examinerais pas l'application de l'art. 7 de la *Charte* canadienne.
- Bien que je ne tiennne pas compte de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel voulant qu'il ne s'applique tout simplement pas. Notre Cour a déjà reconnu que la *Charte* pouvait s'appliquer aux règlements municipaux. Voir par exemple *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. Cependant, je préférerais ne pas me prononcer sur l'application de l'art. 7 à une situation comme celle de l'espèce. La présente affaire soulève des questions importantes sur la portée de l'art. 7. En outre, il se peut que son application ait un effet considérable sur les municipalités. Avant de parvenir à une conclusion à l'égard d'une question qui n'a pas à être examinée pour déterminer l'issue du présent pourvoi, j'aimerais qu'on me présente d'autres arguments sur celle-ci, y compris les observations des parties concernées et des procureurs généraux des provinces et territoires intervenants. Il se pourrait fort bien que ces observations modifient l'approche qu'adoptera la Cour sur cette question. Je préférerais ne pas hasarder d'avis sur cette question avant d'avoir entendu d'autres arguments à ce sujet.
- Comme le juge La Forest, je rejetterais le pourvoi incident sans rendre d'ordonnance concernant les dépens.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Dunton Rainville, Montreal.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Trudel Nadeau Lesage Larivière & Associés, Montreal.

Solicitor for the mis en cause: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante/intimée dans le pourvoi incident: Dunton Rainville, Montréal.

Procureurs de l'intimée/appelante dans le pourvoi incident: Trudel Nadeau Lesage Larivière & Associés, Montréal.

Procureur du mis en cause: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.



If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard.
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTÛRE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 6, 1997 Vol. 3

6^e cahier, 1997 Vol. 3

Cited as [1997] 3 S.C.R. 925-1143

Renvoi [1997] 3 R.C.S. 925-1143

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISELE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE.

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1998.

CONTENTS

Delgamuukw v. British Columbia 1010

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Claim made for large tract — Content of aboriginal title — How aboriginal title protected by s. 35(1) of Constitution Act, 1982 — What required to prove aboriginal title — Whether claim to self-government made out — Whether province could extinguish aboriginal rights after 1871, either under own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act (incorporating provincial laws of general application by reference) — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Evidence — Oral history and native law and tradition — Weight to be given evidence — Ability of Court to interfere with trial judge's factual findings.

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1998.

SOMMAIRE

Delgamuukw c. Colombie-Britannique..... 1010

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Revendication d'un vaste territoire — Contenu du titre aborigène — Comment l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 protège-t-il le titre aborigène? — Quels sont les éléments de preuve requis pour établir le titre aborigène? — Le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a-t-il été établi? — La province pouvait-elle, après 1871, éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens (qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale)? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Preuve — Récits oraux et règles de droit et

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Courts — Procedure — Land claims — Aboriginal title and self-government — Claim altered but no formal amendments to pleadings made — Whether pleadings precluded the Court from entertaining claims.

R. v. Bablitz..... 1005

Criminal law — Evidence — First degree murder — Planning and deliberation — Court of Appeal not erring in upholding jury charge on evidence of planning and deliberation.

R. v. Charland..... 1006

Criminal law — Evidence — Cross-examination of accused — Prior convictions.

R. v. Feeney..... 1008

Judgments and orders — Suspension of judgment — Operation of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment — Stay of judgment extended.

R. v. Kudmani..... 1142

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Motion to quash appeal granted.

R. v. Labrecque..... 1001

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Sexual assault — Child's testimony at trial inconsistent with her prior statements — Reliability of child's prior statements — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. Skalbani..... 995

Criminal law — Appeals — Questions of law — Appeal raising issue of what *mens rea* suffices to establish guilt for offence of misappropriation of money held under direction — Court of Appeal having jurisdiction to entertain appeal since issue raised was a question of law not of fact.

Criminal law — Theft — Misappropriation of money held under direction — *Mens rea* — Intentional misappropriation, without mistake, sufficing to establish *mens rea* of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 332(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Appeal from acquittal — Criminal Code permitting court of appeal to substitute guilty verdict for acquittal on trial by judge sitting alone but not on trial by judge and jury — Criminal Code provision not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Criminal law — Sentencing — New judge sentencing accused because trial judge had retired before Court of Appeal's deci-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

traditions autochtones — Poids à donner aux éléments de preuve — Pouvoir d'intervention de la Cour quant aux conclusions de fait du juge de première instance.

Tribunaux — Procédure — Revendications territoriales — Titre aborigène et autonomie gouvernementale — Revendication modifiée mais sans modification formelle des actes de procédure — Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'entendre les revendications?

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)..... 925

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de prudence — Mère et enfant à naître — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser l'ordonnance? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle?

Tribunaux — Compétence — *Parens patriae* — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension de la compétence *parens patriae* afin de protéger l'enfant à naître? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*?

R. c. Bablitz..... 1005

Droit criminel — Preuve — Meurtre au premier degré — Planification et caractère délibéré — La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en maintenant l'exposé au jury à propos de la preuve concernant la planification et le caractère délibéré.

R. c. Charland..... 1006

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire d'un accusé — Déclarations de culpabilité antérieures.

R. c. Feeney..... 1008

Jugements et ordonnances — Suspension de l'exécution du jugement — Suspension pour 6 mois à compter de la date du jugement initial de l'obligation d'obtenir un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation — Suris d'exécution prorogé.

R. c. Kudmani..... 1142

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Requête en annulation d'appel accordée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

sion substituting conviction for accused's acquittal — No merit to accused's submission that he was entitled to be sentenced by judge who presided at trial.

S. (L.) v. S. (C.)..... 1003

Family law — Custody — Restrictions — Religious activities — Jehovah's Witness — Interest of child — Access rights.

Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)..... 925

Torts — Negligence — Duty of care — Mother and unborn child — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether law of tort should be extended to permit order — Whether appropriate for court to change law of tort.

Courts — Jurisdiction — *Parens patriae* — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether *parens patriae* jurisdiction should be extended to protect unborn child — Whether appropriate for court to change law of *parens patriae*.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Labrecque..... 1001

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Agression sexuelle — Témoignage de l'enfant au procès incompatible avec ses déclarations antérieures — Fiabilité des déclarations antérieures de l'enfant — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. c. Skalbania 995

Droit criminel — Appels — Questions de droit — Appel soulevant la question de savoir quelle *mens rea* suffit pour établir la culpabilité quant à l'infraction de détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Cour d'appel ayant compétence pour entendre l'appel vu que la question soulevée était une question de droit et non de fait.

Droit criminel — Vol — Détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — *Mens rea* — Détournement intentionnel, et non par erreur, suffisant pour établir la *mens rea* requise pour commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Appel contre un acquittement — Code criminel permettant à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquittement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury — Disposition du Code criminel ne violant pas l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4b)(ii).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine de l'accusé déterminée par un nouveau juge vu que le juge du procès avait pris sa retraite avant l'arrêt de la Cour d'appel substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement de l'accusé — Argument de l'accusé selon lequel il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès — Argument non fondé.

S. (L.) c. S. (C.)..... 1003

Droit de la famille — Garde — Restrictions — Activités religieuses — Témoin de Jehovah — Intérêt de l'enfant — Droits d'accès.

**Winnipeg Child and Family Services
(Northwest Area) Appellant**

v.

D.F.G. Respondent

and

The Attorney General of Manitoba, the Government of Yukon, the Evangelical Fellowship of Canada, the Christian Medical and Dental Society, the Catholic Group for Health, Justice and Life, the Alliance for Life, the Association des Centres jeunesse du Québec, the Southeast Child and Family Services, the West Region Child and Family Services, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Abortion Rights Action League, the Women's Legal Education and Action Fund, the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc. Interveners

**INDEXED AS: WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES
(NORTHWEST AREA) v. G. (D.F.)**

File No.: 25508.

1997: June 18; 1997: October 31.

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
MANITOBA**

Torts — Negligence — Duty of care — Mother and unborn child — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child —

**Office des services à l'enfant et à la famille
de Winnipeg (région du Nord-
Ouest) Appellant**

c.

D.F.G. Intimée

et

Le procureur général du Manitoba, le gouvernement du Yukon, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Medical and Dental Society, Catholic Group for Health, Justice and Life, Alliance pour la vie, l'Association des Centres jeunesse du Québec, Southeast Child and Family Services, West Region Child and Family Services, l'Association canadienne des libertés civiles, l'Association canadienne pour le droit à l'avortement, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc. Intervenants

**RÉPERTORIÉ: OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA
FAMILLE DE WINNIPEG (RÉGION DU NORD-OUEST) c. G.
(D.F.)**

N° du greffe: 25508.

1997: 18 juin; 1997: 31 octobre.

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 MANITOBA

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de prudence — Mère et enfant à naître — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension du

Whether law of tort should be extended to permit order — Whether appropriate for court to change law of tort.

Courts — Jurisdiction — Parens patriae — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether parens patriae jurisdiction should be extended to protect unborn child — Whether appropriate for court to change law of parens patriae.

In August 1996, the respondent was five months pregnant with her fourth child. She was addicted to glue sniffing, which may damage the nervous system of the developing fetus. As a result of her addiction, two of her previous children were born permanently disabled and are permanent wards of the state. On a motion by the appellant, a superior court judge ordered that the respondent be placed in the custody of the Director of Child and Family Services and detained in a health centre for treatment until the birth of her child. One of the grounds for the order was the court's *parens patriae* jurisdiction. The superior court judge, while acknowledging that the courts have never exercised this power on behalf of an unborn child, saw no reason why the power should not be extended to protect unborn children. The order was later stayed and ultimately set aside on appeal. The Court of Appeal held that the existing law of tort and of *parens patriae* did not support the order and, given the difficulty and complexity entailed in extending the law to permit such an order, the task was more appropriate for the legislature than the courts.

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The law of Canada does not recognize the unborn child as a legal person possessing rights. This is a general proposition applicable to all aspects of the law. Once a child is born, alive and viable, the law may recognize that its existence began before birth for certain limited purposes. But the only right recognized is that of the born person. Any right or interest the fetus may have remains incho-

droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser l'ordonnance? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle?

Tribunaux — Compétence — Parens patriae — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension de la compétence parens patriae afin de protéger l'enfant à naître? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la compétence parens patriae?

En août 1996, l'intimée était enceinte de cinq mois d'un quatrième enfant. Elle inhalait de la colle, et sa dépendance était de nature à endommager le système nerveux du fœtus. En raison de sa dépendance, deux de ses enfants sont nés avec des handicaps permanents et ils ont été placés sous la tutelle permanente de l'État. À la demande de l'appelant, un juge de la cour supérieure a ordonné que l'intimée soit confiée à la garde du directeur de l'Office des services à l'enfant et à la famille et qu'elle soit détenue jusqu'à la naissance de l'enfant dans un centre de soins de santé pour y subir un traitement. L'un des motifs fondant l'ordonnance était lié à la compétence *parens patriae* du tribunal. Tout en reconnaissant que les tribunaux n'ont jamais exercé ce pouvoir à l'égard d'un enfant à naître, le juge de la cour supérieure a dit ne pas voir pourquoi ce pouvoir ne pourrait pas s'étendre à la protection d'un enfant à naître. L'ordonnance a par la suite été suspendue, puis finalement annulée en appel. La Cour d'appel a conclu que l'ordonnance n'était pas justifiée suivant les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae* et à la responsabilité délictuelle et que, vu la difficulté et la complexité inhérentes à l'extension des règles de droit afin de permettre une telle ordonnance, il était préférable de s'en remettre au législateur plutôt qu'aux tribunaux.

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la qualité de personne juridique titulaire de droits. Il s'agit d'un principe général applicable dans tous les domaines du droit. Une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Mais le seul droit reconnu est celui de la personne née. Tout

ate and incomplete until the child's birth. It follows that, under the law, the fetus on whose behalf the appellant purported to act in seeking the detention order was not a legal person and possessed no legal rights. There was thus no legal person in whose interests the appellant could act or in whose interests a court order could be made. Putting the matter in terms of tort, there was no right to sue, whether for an injunction or damages, until the child was born alive and viable. Since the action at issue was commenced and the injunctive relief sought before the child's birth, under the law as it presently stands, it must fail.

As well, courts do not have *parens patriae* jurisdiction over unborn children. The power of the court in *parens patriae*, as it stands, does not therefore support an order for the detention and treatment of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to the unborn child.

As a general rule, judicial change to common law principles is confined to incremental change based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances. Courts will not extend the common law where the revision is major and its ramifications complex. To extend the law of tort to permit an order for the detention and treatment of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to the unborn child would require major changes, involving moral choices and conflicts between fundamental interests and rights. Recognition of a fetal action against the mother for lifestyle choices would affect women, who might find themselves incarcerated and treated against their will for conduct alleged to harm the fetus. The proposed changes to the law have complex ramifications impossible for a court to fully assess, giving rise to the danger that the proposed order might impede the goal of healthy infants more than it would promote it. Taken together, the changes to the law of tort that would be required to support the order at issue are of such magnitude, consequence, and difficulty in policy terms that they exceed the proper incremental law-making powers

droit ou intérêt que le fœtus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant. Par conséquent, en droit, le fœtus pour le compte duquel l'appellant a prétendu agir en sollicitant l'ordonnance de détention n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit. Il n'y avait donc aucune personne juridique dans l'intérêt de laquelle l'appellant pouvait agir ou le tribunal pouvait rendre une ordonnance. Sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, aucun droit d'intenter une action en justice ne pouvait être exercé, que ce soit pour l'obtention d'une injonction ou de dommages-intérêts, avant que l'enfant ne naisse vivant et viable. En l'espèce, l'action en vue d'obtenir l'injonction ayant été intentée avant la naissance de l'enfant, dans l'état actuel du droit, elle doit échouer.

Les tribunaux ne peuvent non plus exercer leur compétence *parens patriae* à l'égard de l'enfant à naître. La compétence *parens patriae* de la cour, dans l'état actuel du droit, ne justifie donc pas le prononcé, à l'égard d'une femme enceinte, d'une ordonnance de détention et de traitement afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître.

En règle générale, en ce qui a trait à la modification des principes de la common law, les tribunaux doivent s'en tenir à une évolution progressive qui dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles. Les tribunaux s'abstiendront d'étendre l'application de la common law quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes. Procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser une ordonnance de détention et de traitement afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître exigerait une réforme substantielle, supposant des choix d'ordre moral et suscitant des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux. Reconnaître la possibilité que le fœtus intente une action contre sa mère pour le choix d'un mode de vie aurait un effet sur la vie des femmes, qui pourraient être internées et traitées contre leur gré relativement à un comportement présumé préjudiciable pour le fœtus. La réforme proposée a des ramifications complexes qu'une cour n'est pas en mesure d'évaluer pleinement, d'où le risque que l'ordonnance proposée aille à l'encontre de l'objectif qu'elle est censée promouvoir, savoir la santé infantile. Considérés dans leur ensemble, les changements qu'il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l'ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de

of the courts. These are the sort of changes which should be left to the legislature.

Similarly, to extend the court's *parens patriae* jurisdiction to permit protection of unborn children would require a major change to the law of *parens patriae*. The same problems encountered in relation to extending tort law to the unborn arise in relation to extending the *parens patriae* jurisdiction of the court. The ramifications of the change would be significant and complex, since such change involves conflicts of fundamental rights and interests and difficult policy issues. A pregnant woman and her unborn child are one and to make orders protecting fetuses would radically impinge on the fundamental liberties of the mother, both as to lifestyle choices and how and as to where she chooses to live and be. The invasion of liberty involved in making court orders affecting the unborn child is far greater than the invasion of liberty involved in court orders relating to born children. In the latter case, the only liberty interest affected is the parent's interest in making decisions for his or her child. By contrast, extension of the *parens patriae* jurisdiction of the court to unborn children has the potential to affect a much broader range of liberty interests since the court cannot make decisions for the unborn child without inevitably making decisions for the mother herself. Such a change would not be an incremental change but a generic change of major impact and consequence. It would seriously intrude on the rights of women. If anything is to be done, the legislature is in a much better position to weigh the competing interests and arrive at a solution that is principled and minimally intrusive to pregnant women.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): The superior court judge was within his jurisdiction under *parens patriae* to order the respondent to refrain from the consumption of intoxicating substances, and to compel the respondent to live at a place of safety until the birth of her child. The jurisdiction available under *parens patriae* to act in the best interests of a child should include the power to act in the best interests of a fetus. The *parens patriae* jurisdiction exists for the stated purpose of doing what is necessary to protect the interests of those who are unable to protect themselves. A fetus suffering from its mother's abusive behaviour is particularly within this class and deserves protection.

faire évoluer progressivement le droit. De tels changements relèvent plutôt du législateur.

De même, l'extension de la compétence *parens patriae* afin de permettre à la cour d'assurer la protection de l'enfant à naître implique une modification fondamentale des règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*. L'extension de la compétence *parens patriae* soulève les mêmes problèmes que l'extension de l'application des règles du droit de la responsabilité délictuelle à la protection de l'enfant à naître. Les répercussions d'un tel changement seraient à la fois considérables et complexes puisque des droits fondamentaux s'opposeraient et des questions de principe difficiles seraient soulevées. La femme enceinte et l'enfant à naître ne forment qu'une seule personne, et rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empiéterait radicalement sur les libertés fondamentales de la mère, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre. L'atteinte à la liberté qui est inhérente à l'ordonnance visant l'enfant à naître est beaucoup plus étendue que celle qui découle de l'ordonnance judiciaire visant l'enfant né. Dans ce dernier cas, le seul droit dont l'exercice est entravé est celui du parent de prendre des décisions relatives à son enfant. Par contre, l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître est susceptible de porter atteinte à une gamme plus étendue de libertés puisque le tribunal ne peut prendre une décision touchant l'enfant à naître sans que, inévitablement, cette décision ne lie la mère elle-même. Une telle modification ne ferait pas évoluer le droit de façon progressive car il s'agirait d'un changement de portée générale dont les effets et les répercussions seraient considérables. Elle empiéterait sérieusement sur les droits de la femme. Si une mesure doit être prise, le législateur est en bien meilleure position pour soupeser les intérêts opposés et arriver à une solution raisonnée qui porte le moins possible atteinte aux droits de la femme enceinte.

Les juges Sopinka et Major (dissidents): L'ordonnance du juge de la cour supérieure enjoignant à l'intimée de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes et de vivre dans un endroit sûr jusqu'à la naissance de son enfant relevait de sa compétence *parens patriae*. La compétence *parens patriae* pour agir dans l'intérêt d'un enfant devrait comprendre le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'un fœtus. La compétence *parens patriae* permet expressément de faire ce qui est nécessaire pour défendre les intérêts des personnes incapables de se protéger elles-mêmes. Le fœtus qui souffre en raison du comportement abusif de sa mère fait précisément partie de cette catégorie et il mérite cette protection.

The "born alive" rule is a legal anachronism and should be set aside, at least for the purposes of this appeal. This common law rule, which requires a fetus to be born alive before any legal rights of personhood can accrue, is an evidentiary presumption rooted in rudimentary medical knowledge not a substantive rule of law. The limited medical knowledge of the past could not determine whether a child *in utero* was alive at the time it was subjected to an injury unless the child was also born alive, suffering from that injury. Today's medical technology has improved to the point of eliminating nearly all of the evidentiary problems from which the "born alive" rule sprang, and it no longer makes sense to retain the rule where its application would be perverse.

When a woman chooses to carry a fetus to term, she must accept some responsibility for its well-being and the state has an interest in trying to ensure the child's health. Since the pregnant woman has the right to decide her lifestyle, a court's ability to intervene to protect the fetus must be limited to extreme cases where her conduct has, on proof to the civil standard, a reasonable probability of causing serious irreparable harm to the unborn child. The test for state intervention is set at a high threshold because, in order to protect the fetus, the exercise of the *parens patriae* jurisdiction will necessarily involve an overriding of some rights possessed by the mother. The least rights-diminishing option should always be sought and the remedy of confinement should be the final option. The severe step of ordering confinement should be taken only when, on a balance of probabilities, no other solution is workable or effective. In cases such as this, confinement must be for purposes of treatment, not punishment. The mother remains free to reject all suggested medical treatment. While the granting of a remedy of confinement interferes with a mother's liberty interests, those interests must bend when faced with a situation where devastating harm and a life of suffering can so easily be prevented. In any event, this interference is always subject to the mother's right to end it by deciding to have an abortion.

In sum, while there can be no general formula — each case must be decided on its own facts — as a minimum, to justify a state intervention the following thresholds have to be met: (1) the woman must have decided

Le principe de la «naissance vivante» est un anachronisme juridique et il ne devrait plus être appliqué, du moins pour les fins du présent pourvoi. Ce principe de la common law, qui pose que le fœtus doit naître vivant pour pouvoir acquérir les droits juridiques attribués de la personnalité, est une présomption en matière de preuve qui tire son origine de connaissances médicales rudimentaires et non une règle de droit substantiel. Les connaissances médicales limitées d'antan ne permettaient pas de déterminer si l'enfant *in utero* était vivant au moment où il subissait un préjudice, à moins qu'il ne naisse vivant, affecté de la lésion. La technologie médicale d'aujourd'hui s'est améliorée au point d'éliminer presque tous les problèmes de preuve à l'origine du principe de la «naissance vivante» et il n'est plus logique de conserver ce principe, étant donné que son application serait erronée.

Lorsque la femme a décidé de mener sa grossesse à terme, elle doit accepter qu'elle est responsable, jusqu'à un certain point, du bien-être de l'enfant et l'État a le droit d'essayer d'assurer la santé de ce dernier. Puisque la femme enceinte a le droit de choisir le mode de vie qui lui convient, le pouvoir d'intervention de la cour pour protéger le fœtus doit être limité aux cas exceptionnels, alors qu'il existe, selon la norme de preuve applicable au civil, une probabilité raisonnable que le comportement de la mère causera un préjudice grave et irréparable à l'enfant à naître. Le critère auquel il doit être satisfait pour que l'État puisse intervenir est rigoureux car, afin de protéger le fœtus, l'exercice de la compétence *parens patriae* implique nécessairement un empiètement sur certains des droits de la mère. La cour devrait toujours opter pour la solution la moins attentatoire aux droits de la personne visée et l'internement ne devrait être ordonné qu'en dernier recours. Avant de recourir à cette mesure grave, la cour devrait s'assurer qu'il n'existe, selon la prépondérance des probabilités, aucune autre solution possible ou efficace. Dans les cas semblables à l'espèce, l'ordonnance d'internement doit avoir comme objectif le traitement, non pas la punition, de la personne visée. La mère demeure libre de refuser tous les soins médicaux qu'on lui propose. Bien que l'octroi d'une telle réparation porte atteinte au droit à la liberté de la mère, ce droit doit fléchir dans un cas où il est si facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrances. De toute façon, une telle atteinte est toujours assujettie au droit de la mère de décider de mettre fin à sa grossesse en se faisant avorter.

En somme, même s'il ne peut y avoir de formule générale — chaque cas étant un cas d'espèce — il doit être satisfait aux conditions préliminaires suivantes pour qu'une intervention de l'État soit justifiée: (1) la femme

to carry the child to term; (2) proof must be presented to a civil standard that the abusive activity will cause serious and irreparable harm to the fetus; (3) the remedy must be the least intrusive option; and (4) the process must be procedurally fair. Here, the difficult test for state intervention is met. While the "slippery slope" argument has some merit, it cannot be raised as a principled bar to granting an injunction in this case. The appellant, as a governmental agency, had the requisite standing to apply for an order.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686, aff'd (1980), 117 D.L.R. (3d) 512; *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond v. Hirsch*, [1989] M.J. No. 377 (QL); *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Cherry (Guardian ad litem of) v. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701; *Watt v. Rama*, [1972] V.R. 353; *Paton v. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332; *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *A., Re* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Hickey*, N.B.Q.B., November 4, 1996, unreported; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

By Major J. (dissenting)

E. (Mrs.) v. Eve, [1986] 2 S.C.R. 388; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Hughes v. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994); *Commonwealth v. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984); *State v. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984); *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service*

doit avoir décidé de mener la grossesse à terme; (2) il doit être établi, selon la norme de preuve applicable au civil, que l'abus causera un préjudice grave et irréparable au fœtus; (3) la réparation accordée doit être la moins attentatoire possible; (4) le processus doit respecter l'équité procédurale. Dans la présente affaire, le critère rigoureux auquel il doit être satisfait pour que l'État puisse intervenir est respecté. Même s'il n'est pas sans mérite, l'argument du «doigt dans l'engrenage» ne peut être invoqué comme obstacle de principe à l'octroi d'une injonction en l'espèce. L'appelant, en tant qu'organisme gouvernemental, avait la qualité requise pour demander une telle ordonnance.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276; *Elliot c. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209; *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686, conf. par (1980), 117 D.L.R. (3d) 512; *Medhurst c. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252; *Diamond c. Hirsch*, [1989] M.J. n° 377 (QL); *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701; *Watt c. Rama*, [1972] V.R. 353; *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408; *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332; *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *A., Re* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. Hickey*, B.R.N.-B., 4 novembre 1996, inédit; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

Citée par le juge Major (dissident)

E. (M^{me}) c. Eve, [1986] 2 R.C.S. 388; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *F (in utero), Re*, [1988] 2 All E.R. 193; *Hughes c. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994); *Commonwealth c. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984); *State c. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984); *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686, conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service*

Trustees, [1979] Q.B. 276; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, rev'g [1928] S.C.R. 276; *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (U.K.), 1976, c. 28, ss. 1, 2.
Court of Queen's Bench Act, C.C.S.M., c. C280.
Court of Queen's Bench Rules, Man. Reg. 553/88.
Declaration of the Rights of the Child (1959), preamble.

Authors Cited

Canada. Health Canada. *Joint Statement: Prevention of Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE) in Canada*. Ottawa: Health Canada, October 1996.

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Report. *Foetal Alcohol Syndrome: A Preventable Tragedy*. Ottawa: Queen's Printer, June 1992.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. Final Report. *Proceed with Care*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1993.

Forsythe, Clarke D. "Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms" (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Hanigsberg, Julia E. "Power and Procreation: State Interference in Pregnancy" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 35.

Holmes, Oliver Wendell. "The Path of the Law" (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457.

Johnsen, Dawn E. "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986), 95 *Yale L.J.* 599.

Kyres, Catherine A. "A 'Cracked' Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse" (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325.

Manitoba. Children and Youth Secretariat. *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth*. Winnipeg: Children and Youth Secretariat, March 1997.

Trustees, [1979] Q.B. 276; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, inf. [1928] R.C.S. 276; *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1, 2.
Déclaration des droits de l'enfant (1959), préambule.
Loi sur la Cour du Banc de la Reine, C.P.L.M., ch. C280.
Règles de la Cour du Banc de la Reine, Règl. du Man. 553/88.

Doctrine citée

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. Rapport final. *Un virage à prendre en douceur*, vol. 2. Ottawa: La Commission, 1993.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3, *Vers un ressourcement*. Ottawa: La Commission, 1996.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Rapport. *Syndrome d'alcoolisme fœtal: une tragédie évitable*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, juin 1992.

Canada. Santé Canada. *Déclaration conjointe: Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada*. Ottawa: Santé Canada, octobre 1996.

Forsythe, Clarke D. «Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms» (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Hanigsberg, Julia E. «Power and Procreation: State Interference in Pregnancy» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 35.

Holmes, Oliver Wendell. «The Path of the Law» (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457.

Johnsen, Dawn E. «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599.

Kyres, Catherine A. «A «Cracked» Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse» (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325.

Manitoba. Children and Youth Secretariat. *Strategy Considerations for Developing Services for Children*

Moffatt, Michael E. K., A. E. Chudley, D. Kowlessar and J. Evans. *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community*, November 1996.

University of Washington School of Medicine. Department of Psychiatry and Behavioral Sciences. *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)*. Prepared by Ann P. Streissguth, Helen M. Barr, Julia Kogan and Fred L. Bookstein. Seattle, Wash.: University of Washington School of Medicine, August 1996.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. No. 398 (QL), setting aside an order of Schulman J. (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL), requiring the respondent to enter a treatment program for her substance addiction until the birth of her child. Appeal dismissed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Heather Leonoff, Q.C., and Norman Cuddy, for the appellant.

David A. W. Phillips, Joe Aiello and Darren Sawchuk, for the respondent.

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Howard Kushner and Thomas Ullyett, for the intervener the Government of Yukon.

David M. Brown and Danielle Shaw, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Medical and Dental Society.

William J. Sammon, for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life.

Angela M. Costigan and Marcelle Crouse, for the intervener the Alliance for Life.

and Youth. Winnipeg: Children and Youth Secretariat, March 1997.

Moffatt, Michael E. K., A. E. Chudley, D. Kowlessar and J. Evans. *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community*, November 1996.

University of Washington School of Medicine. Department of Psychiatry and Behavioral Sciences. *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)*. Prepared by Ann P. Streissguth, Helen M. Barr, Julia Kogan and Fred L. Bookstein. Seattle, Wash.: University of Washington School of Medicine, August 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. n° 398 (QL), qui a annulé une ordonnance du juge Schulman (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL), enjoignant à l'intimée de suivre un programme de traitement pour sa dépendance à l'égard de substances intoxicantes jusqu'à la naissance de son enfant. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Heather Leonoff, c.r., et Norman Cuddy, pour l'appellant.

David A. W. Phillips, Joe Aiello et Darren Sawchuk, pour l'intimée.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Howard Kushner et Thomas Ullyett, pour l'intervenant le gouvernement du Yukon.

David M. Brown et Danielle Shaw, pour les intervenants Evangelical Fellowship of Canada et Christian Medical and Dental Society.

William J. Sammon, pour l'intervenant Catholic Group for Health, Justice and Life.

Angela M. Costigan et Marcelle Crouse, pour l'intervenante Alliance pour la vie.

Hugues Létourneau and Viviane Primeau, for the interveners the Association des Centres jeunesse du Québec.

Jeffrey F. Harris and Edward J. Gilson, for the interveners the Southeast Child and Family Services and the West Region Child and Family Services.

John B. Laskin and Cynthia L. Tape, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Beth Symes and Lucy K. McSweeney, for the interveners the Canadian Abortion Rights Action League.

Sheilah Martin and Sharon McIvor, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund.

Arne Peltz and John A. Myers, for the interveners the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci was delivered by

MCLACHLIN J. — In August 1996, a judge of the Manitoba Court of Queen's Bench ordered that the respondent, five months pregnant with her fourth child, be placed in the custody of the Director of Child and Family Services and detained at the Health Sciences Centre until the birth of her child, there to follow a course of treatment prescribed by the Director. The purpose of the order was to protect the respondent's unborn child. The respondent was addicted to glue sniffing which may damage the nervous system of the developing fetus.

The order was stayed two days later and ultimately set aside on appeal. The respondent voluntarily remained at the Health Sciences Centre until discharged August 14. She stopped sniffing glue

Hugues Létourneau et Viviane Primeau, pour l'intervenante l'Association des Centres jeunesse du Québec.

Jeffrey F. Harris et Edward J. Gilson, pour les intervenants Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services.

John B. Laskin et Cynthia L. Tape, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Beth Symes et Lucy K. McSweeney, pour l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement.

Sheilah Martin et Sharon McIvor, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Arne Peltz et John A. Myers, pour les intervenantes Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Au mois d'août 1996, un juge de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba a ordonné que l'intimée, alors enceinte de cinq mois d'un quatrième enfant, soit confiée à la garde du directeur de l'Office des services à l'enfant et à la famille et qu'elle soit détenue au Centre des sciences de la santé jusqu'à la naissance de l'enfant pour y suivre une série de traitements prescrits par le directeur. Le but de l'ordonnance était de protéger l'enfant à naître. L'intimée inhalait de la colle, et sa dépendance était de nature à endommager le système nerveux du fœtus.

L'ordonnance a été suspendue deux jours plus tard, puis annulée en appel. L'intimée est demeurée de son plein gré au Centre des sciences de la santé jusqu'à l'obtention de son congé le 14 août.

and in December gave birth to an apparently normal child, which she is now raising.

3 While the problem that gave rise to these proceedings has been resolved, the legal issues it raised have not. Hence this appeal. Winnipeg Child and Family Services (the "agency") asks this Court to overturn the order of the Manitoba Court of Appeal striking down the original order for detention. The respondent argues that the courts have no power to order a mother into custody against her will for the purpose of protecting her unborn child, and that such a radical departure from the existing law is best made, if it is to be made at all, by the legislature.

4 I would dismiss the appeal on the ground that an order detaining a pregnant woman for the purpose of protecting her fetus would require changes to the law which cannot properly be made by the courts and should be left to the legislature.

I. History of Proceedings

5 Since the outcome of this case has been resolved by events and the passage of time, there is little point in minutely canvassing the facts and allegations. The agency stresses that of the three children that the respondent had previously given birth to, two had been injured by her glue-sniffing addiction, and that in these circumstances it felt driven to take steps to protect her fourth unborn child. The respondent points out that damage to the fetal nervous system occurs in the early stages of pregnancy long before the order was sought or made, that at an earlier stage of her pregnancy she had voluntarily sought treatment but had been turned away due to lack of facilities, that when asked to take treatment she agreed and only later refused because she had fallen into a state of intoxication, and that once taken to hospital, she remained until discharged, although the custodial order requiring her to remain had been stayed. This is not a story of heroes and villains. It is the more prosaic but all too common story of people struggling to do their best in the face of inadequate facilities and the

Elle a cessé d'inhaler de la colle et, en décembre, elle a donné naissance à un enfant apparemment normal dont elle s'occupe depuis.

Bien que le problème à l'origine de l'instance soit réglé, les questions de droit qu'il soulevait demeurent sans réponse. D'où le présent pourvoi. L'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (l'«organisme») demande à notre Cour d'infirmer l'ordonnance de la Cour d'appel du Manitoba annulant l'ordonnance de détention initiale. L'intimée soutient d'une part qu'une cour de justice n'a pas le pouvoir d'ordonner la détention d'une femme enceinte contre son gré afin de protéger l'enfant qu'elle porte et d'autre part qu'une rupture aussi radicale avec le droit existant, si tant est qu'elle s'impose, relève plutôt du législateur.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif qu'une ordonnance prescrivant la détention d'une femme enceinte pour protéger le fœtus nécessiterait des changements aux règles de droit qui ne sont pas du ressort des tribunaux, mais du législateur.

I. Historique des procédures

Comme les événements et l'écoulement du temps ont scellé l'issue de cette affaire, il est peu utile d'exposer en détail les faits et les allégations. L'organisme fait valoir que des trois enfants auxquels l'intimée avait précédemment donné naissance, deux avaient subi un préjudice en raison de la dépendance de leur mère à l'égard des vapeurs de la colle et que, dans ces circonstances, il estimait nécessaire de prendre des mesures pour protéger le quatrième enfant à naître. L'intimée signale que les dommages au système nerveux du fœtus surviennent dans les premiers mois de la grossesse, soit bien avant que l'ordonnance n'ait été demandée ou obtenue, qu'à un stade antérieur de sa grossesse elle a volontairement demandé à être traitée, ce qui lui a été refusé à cause d'un manque de ressources, qu'elle a accepté de se soumettre à un traitement et ne s'est ravisée que plus tard parce qu'elle avait atteint un stade d'intoxication, et qu'une fois amenée à l'hôpital, elle y est demeurée jusqu'à l'obtention de son congé, même si l'ordonnance l'astreignant à ce séjour forcé avait été

ravages of addiction. This said, the legal question remains: assuming evidence that a mother is acting in a way which may harm her unborn child, does a judge, at the behest of the state, have the power to order the mother to be taken into custody for the purpose of rectifying her conduct? It is on this footing that I approach the case.

Schulman J. based the order for detention on two grounds. The first, that the respondent was suffering from a mental disorder within the meaning of the Manitoba *Mental Health Act*, R.S.M. 1987, c. M110, was not pursued in this Court. The second ground for the order was the court's *parens patriae* jurisdiction — that is, the power of the court to act in the stead of a parent for the protection of a child. Schulman J. acknowledged that the courts have never exercised this power on behalf of an unborn child. However, he saw no reason why the power should not be extended to the protection of the child prior to birth: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL).

The Court of Appeal held that the evidence did not establish incompetency under the *Mental Health Act*. The trial judge had wrongly relied on the court's *parens patriae* jurisdiction in lunacy. This power exists only where a finding of incompetency is made on the evidence, and exists moreover only for the purpose of benefiting the patient. Nor, in the view of the court, could the order be supported on the ground of an extension of the court's *parens patriae* jurisdiction to protect the child. At common law, the court's *parens patriae* jurisdiction is only exercisable after the child is born: *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193 (C.A.). Finally, the order could not be supported as an injunction to restrain tortious conduct. Tort law recognizes that an action brought by or on behalf of a child once born may vest prior to birth. But it does not recognize an unborn child as a legal per-

suspendue. Il n'y a pas de bons et de méchants ici. C'est une histoire plus prosaïque, bien trop fréquente, où des gens s'efforcent de faire de leur mieux face à l'insuffisance des ressources et aux ravages de la toxicomanie. Cela étant dit, reste à trancher la question de droit: en présence d'éléments de preuve selon lesquels une femme enceinte agit d'une manière susceptible de porter préjudice à l'enfant qu'elle porte, un juge peut-il, à la demande de l'État, ordonner la détention de la mère afin de corriger son comportement? J'examinerai donc l'affaire sous cet angle.

Le juge Schulman a fondé son ordonnance de détention sur deux motifs. Le premier, savoir que l'intimée souffrait d'un trouble mental au sens de la *Loi sur la santé mentale*, R.S.M. 1987, ch. M110, du Manitoba, n'a pas été débattu devant notre Cour. Le deuxième était lié à la compétence *parens patriae* du tribunal — c'est-à-dire le pouvoir du tribunal d'agir à la place du père ou de la mère pour protéger l'enfant. Le juge Schulman a reconnu que les tribunaux n'ont jamais exercé ce pouvoir à l'égard d'un enfant à naître. Cependant, il a dit qu'il ne voyait pas pourquoi ce pouvoir ne pourrait pas s'étendre à la protection d'un enfant avant sa naissance: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL).

La Cour d'appel a conclu que la preuve n'établissait pas l'incapacité au sens de la *Loi sur la santé mentale*. Selon elle, le juge de première instance a eu tort de s'appuyer sur la compétence *parens patriae* reconnue au tribunal en cas d'aliénation mentale. Ce pouvoir n'est conféré que si la preuve permet de conclure à l'incapacité et, qui plus est, seulement au bénéfice du malade. Elle a jugé que l'ordonnance ne pouvait reposer sur une extension de la compétence *parens patriae* du tribunal en matière de protection de l'enfant. En common law, cette compétence ne peut être exercée qu'après la naissance de l'enfant: *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193 (C.A.). Enfin, l'ordonnance ne pouvait être justifiée à titre d'injonction visant à empêcher un comportement délictuel. Il est reconnu, en matière de responsabilité délictuelle, que l'action intentée par l'enfant né ou en

son. There is thus no one at common law who can sue to restrain the mother from a course of action potentially harmful to the child. Having concluded that the existing law of judicial *parens patriae* powers and tort did not support the order, the Court of Appeal asked whether it could or should extend the law. Citing a host of difficulties, it concluded that it could not. Any restraint would involve moral choices and difficult conflicts between the rights of the mother and the interests of the unborn child. Extending the power of the courts to make this sort of order could have adverse effects; for example expectant mothers fearing state intervention might avoid detection by not seeking desirable prenatal care. The difficulty of enforcement and incompleteness of the remedy presented obstacles. Given the difficulty and complexity entailed in extension of the law, the task was more appropriate for the legislature than the courts. For these reasons, the Court of Appeal set aside the order for detention.

son nom peut découler d'un droit acquis avant la naissance. Mais la personnalité juridique de l'enfant à naître n'est pas pour autant reconnue. Par conséquent, nul ne peut donc, en common law, ester en justice pour empêcher une femme enceinte d'agir d'une manière qui pourrait être préjudiciable à l'enfant. Ayant conclu que l'ordonnance n'était pas justifiée suivant les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae* et à la responsabilité délictuelle, la Cour d'appel s'est demandé si elle pouvait ou si elle devait étendre l'application des règles de droit. Après avoir évoqué moult difficultés, elle a conclu qu'elle ne pouvait le faire. Toute mesure de contrainte supposerait un choix d'ordre moral et des conflits épineux entre les droits de la mère et les intérêts de l'enfant à naître. Étendre la compétence des tribunaux pour leur permettre de rendre ce genre d'ordonnance pourrait être néfaste; par exemple, une femme enceinte craignant l'intervention de l'État pourrait se soustraire à la détection en s'abstenant de demander les soins prénatals souhaitables. La difficulté d'application et l'insuffisance du redressement constituaient des obstacles. Vu la difficulté et la complexité inhérentes à l'extension des règles de droit, il était préférable de s'en remettre au législateur plutôt qu'aux tribunaux. Pour ces motifs, la Cour d'appel a annulé l'ordonnance de détention.

⁸ The agency asks this Court to reverse the decision of the Court of Appeal and restore the order for detention.

L'organisme demande à notre Cour d'infirmier la décision de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance de détention.

II. Issues

II. Questions en litige

⁹ This appeal raises two legal issues:

Le présent pourvoi soulève deux questions de droit:

(1) Does tort law, as it exists or may properly be extended by the Court, permit an order detaining a pregnant woman against her will in order to protect her unborn child from conduct that may harm the child?

(1) Le droit de la responsabilité délictuelle, dans son état actuel ou suivant l'extension que pourrait légitimement lui donner notre Cour, permet-il d'ordonner la détention d'une femme enceinte contre son gré afin de protéger l'enfant qu'elle porte contre un comportement susceptible de lui causer un préjudice?

(2) Alternatively, does the power of a court to make orders for the protection of children (its *parens patriae* jurisdiction), as it exists or may properly be extended by the Court, permit an

(2) Subsidièrement, le pouvoir que détient une cour de justice de rendre une ordonnance pour assurer la protection d'un enfant (sa compétence *parens patriae*), selon son application

order detaining a pregnant woman against her will in order to protect her unborn child from conduct that may harm the child?

The appellant agency does not request that the order for mandatory treatment be upheld. At the same time, treatment, at least in the minimal sense of abstention from substance abuse, emerged as the only justification for the order for detention. Without mandatory treatment, the order for detention would lack any foundation. Thus the question of whether a judge may order detention of a pregnant woman at the request of the state encompasses the issue of whether a judge may make an order for mandatory treatment.

III. Analysis

A. *Does the Law of Tort Permit an Order for the Detention and Treatment of a Pregnant Woman for the Purpose of Preventing Harm to the Unborn Child?*

1. Does the Existing Law of Tort Support the Order?

Before dealing with the cases treating the issue in tort law, I turn to the general proposition that the law of Canada does not recognize the unborn child as a legal or juridical person. Once a child is born, alive and viable, the law may recognize that its existence began before birth for certain limited purposes. But the only right recognized is that of the born person. This is a general proposition, applicable to all aspects of the law, including the law of torts.

By way of preamble, two points may be made. First, we are concerned with the common law, not statute. If Parliament or the legislatures wish to legislate legal rights for unborn children or other protective measures, that is open to them, subject to any limitations imposed by the Constitution of Canada. Further, the fact that particular statutes

actuelle ou celle que pourrait légitimement lui donner notre Cour, permet-il d'ordonner la détention d'une femme enceinte contre son gré afin de protéger l'enfant qu'elle porte contre un comportement susceptible de lui causer un préjudice?

L'organisme appelant ne demande pas la confirmation de l'ordonnance de traitement obligatoire. Pourtant, le traitement, du moins en ce qui a trait à son volet minimal qui consiste à cesser l'inhalation de la substance intoxicante, paraît être le seul élément qui puisse justifier l'ordonnance de détention. Sans traitement obligatoire, l'ordonnance de détention serait sans fondement. Par conséquent, la question de savoir si le juge peut ordonner la détention d'une femme enceinte à la demande de l'État englobe celle de savoir si le juge peut rendre une ordonnance de traitement obligatoire.

III. Analyse

A. *Le droit de la responsabilité délictuelle permet-il d'ordonner la détention et le traitement d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant à naître?*

1. L'ordonnance est-elle justifiée au regard du droit de la responsabilité délictuelle existant?

Avant de faire état des décisions qui analysent la question sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, j'examine la proposition générale selon laquelle le droit canadien ne reconnaît pas à l'enfant à naître la personnalité juridique. Une fois que l'enfant est né, vivant et viable, le droit peut reconnaître son existence avant la naissance à certaines fins bien précises. Mais le seul droit reconnu est celui de la personne née. Il s'agit d'un principe général applicable dans tous les domaines du droit, y compris le droit de la responsabilité délictuelle.

En guise de préambule, deux précisions peuvent être apportées. Premièrement, il s'agit de l'application de la common law, et non de dispositions législatives. Si le Parlement ou les législatures souhaitent légiférer pour conférer des droits à l'enfant à naître ou pour le protéger, il leur est loisible de le faire, moyennant le respect de la Constitution du

10

11

12

may touch on the interests of the unborn need not concern us. Second, the issue is not one of biological status, nor indeed spiritual status, but of legal status. As this Court put it in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, at p. 553:

The task of properly classifying a foetus in law and in science are different pursuits. Ascribing personhood to a foetus in law is a fundamentally normative task. It results in the recognition of rights and duties — a matter which falls outside the concerns of scientific classification. In short, this Court's task is a legal one. Decisions based upon broad social, political, moral and economic choices are more appropriately left to the legislature.

Canada. En outre, le fait que des dispositions législatives précises portent sur les droits de l'enfant non encore né n'est pas pertinent en l'espèce. Deuxièmement, notre Cour n'est pas appelée à trancher une question biologique, voire spirituelle, mais juridique. Comme notre Cour le dit dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, à la p. 553:

La classification juridique et la classification scientifique du fœtus sont deux démarches différentes. L'attribution de la personnalité au fœtus est en droit une tâche essentiellement normative. Elle a pour conséquence la reconnaissance de droits et d'obligations — une préoccupation totalement étrangère à la classification scientifique. Bref, la tâche de cette Cour est juridique. Les décisions fondées sur des choix sociaux, politiques, moraux et économiques au sens large, doivent plutôt être confiées au législateur.

13 What then is the status of the fetus at common law? In *Tremblay v. Daigle*, the father of a fetus sought an injunction to prevent the mother from terminating the pregnancy. He argued that a fetus was a "human being" entitled to the "enjoyment of life" under s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. This Court unanimously rejected that contention on the ground that neither the Quebec civil law nor the common law of England and Canada recognize the fetus as a juridical person. While injury to a fetus due to the negligence of third parties is actionable, the right to sue does not arise until the infant is born. See *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456; *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, at p. 279, citing Lord Russell of Killowen in *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209 (H.L.), at p. 233; *Dehler v. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (Ont. H.C.), aff'd (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (Ont. C.A.); *Medhurst v. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (Ont. H.C.); and *Diamond v. Hirsch*, [1989] M.J. No. 377 (Q.B.).

Qu'en est-il donc du fœtus en common law? Dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, le père de l'enfant à naître demandait une injonction afin d'empêcher la mère de mettre fin à sa grossesse. Il faisait valoir que le fœtus est un «être humain» titulaire du «droit à la vie» garanti par l'article premier de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. À l'unanimité, notre Cour a rejeté cette prétention pour le motif que ni le droit civil québécois ni la common law britannique et canadienne ne reconnaissent au fœtus la personnalité juridique. Même si le préjudice causé à un fœtus par la négligence d'un tiers confère un droit d'action, celui-ci ne s'acquiert qu'à la naissance de l'enfant. Voir *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456; *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, à la p. 279, citant lord Russell of Killowen dans *Elliot c. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209 (H.L.), à la p. 233; *Dehler c. Ottawa Civic Hospital* (1979), 101 D.L.R. (3d) 686 (H.C. Ont.), conf. par (1980), 117 D.L.R. (3d) 512 (C.A. Ont.); *Medhurst c. Medhurst* (1984), 9 D.L.R. (4th) 252 (H.C. Ont.), et *Diamond c. Hirsch*, [1989] M.J. n° 377 (B.R.).

14 The Court summarized the law at p. 569 and concluded that the Quebec *Charter* confers no rights on the unborn child:

À la page 569 de l'arrêt, notre Cour résume le droit applicable et arrive à la conclusion que la *Charte* québécoise ne confère aucun droit à l'enfant à naître:

The treatment of a foetus in tort law, property law and family law reveals a similar situation as found under the *Civil Code*, namely, that the foetus has no rights in private law. In the field of tort, it is in fact the Quebec case of *Montreal Tramways*, *supra*, which is most often relied upon for authority in other jurisdictions in Canada (see, e.g., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (Ont. H.C.)). As stated earlier, the *Montreal Tramways* decision does not recognize foetuses as legal persons. In the field of property law, Anglo-Canadian law, like Quebec law, has allowed a foetus to be a beneficiary of a will or a donation but it has only protected a foetus' interests where the foetus has been born alive and viable (see *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421; *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, and *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). In family law, a foetus appears to receive some protection, but, as elsewhere in the law, the rights take effect and are perfected by birth (see *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (Man. K.B.), and *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (Alta. S.C.)).

The position is clear. Neither the common law nor the civil law of Quebec recognizes the unborn child as a legal person possessing rights. This principle applies generally, whether the case falls under the rubric of family law, succession law or tort. Any right or interest the fetus may have remains inchoate and incomplete until the birth of the child.

It follows that under the law as it presently stands, the fetus on whose behalf the agency purported to act in seeking the order for the respondent's detention was not a legal person and possessed no legal rights. If it was not a legal person and possessed no legal rights at the time of the application, then there was no legal person in whose interests the agency could act or in whose interests a court order could be made.

Putting the matter in terms of tort, there was no right to sue, whether for an injunction or damages, until the child was born alive and viable. The law of tort as it presently stands might permit an action for injury to the fetus to be brought in the child's

Le statut du foetus en matière délictuelle, en droit des biens et en droit de la famille révèle une situation similaire à celle qui existe sous le régime du *Code civil*, savoir qu'en droit privé, le foetus n'a pas de droits. Dans le domaine délictuel, c'est en fait l'affaire québécoise *Montreal Tramways*, précitée, qui est le plus souvent invoquée dans d'autres ressorts canadiens (voir, p. ex., *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.); *Steeves v. Fitzsimmons* (1975), 66 D.L.R. (3d) 203 (H.C. Ont.)). Comme nous l'avons déjà dit, l'arrêt *Montreal Tramways* ne reconnaît pas au foetus la personnalité juridique. En matière de biens, le droit anglo-canadien, tout comme celui du Québec, permet qu'un foetus soit bénéficiaire d'un legs ou d'une donation, mais ne protège ses intérêts que dans les cas où il naît vivant et viable (voir *Earl of Bedford's Case* (1587), 7 Co. Rep. 7b, 77 E.R. 421, *Thellusson v. Woodford* (1805), 11 Ves. Jun. 112, 32 E.R. 1030, et *Elliot v. Lord Joicey*, [1935] A.C. 209). En droit de la famille, le foetus semble bénéficier d'une certaine protection mais, comme dans d'autres domaines juridiques, ses droits ne s'acquiescent et ne se concrétisent qu'à la naissance (voir *K. v. K.*, [1933] 3 W.W.R. 351 (B.R. Man.), et *Solowan v. Solowan* (1953), 8 W.W.R. 288 (C.S. Alb.)).

La position de notre Cour est claire. Ni la common law ni le droit civil du Québec ne reconnaissent que l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits. Il s'agit d'un principe général qui s'applique en droit de la famille, en droit des successions ou en droit de la responsabilité délictuelle. Tout droit ou intérêt que le foetus peut avoir demeure virtuel et incomplet jusqu'à la naissance de l'enfant.

Par conséquent, dans l'état actuel du droit, le foetus pour le compte duquel l'organisme a prétendu agir en sollicitant l'ordonnance de détention visant l'intimée n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit. S'il n'était pas une personne juridique et ne jouissait d'aucun droit au moment de la demande, il n'y avait aucune personne juridique dans l'intérêt de laquelle l'organisme pouvait agir ou le tribunal pouvait rendre une ordonnance.

Sous l'angle du droit de la responsabilité délictuelle, aucun droit d'intenter une action en justice ne pouvait être exercé, que ce soit pour l'obtention d'une injonction ou de dommages-intérêts, avant que l'enfant ne naisse vivant et viable. Dans l'état

15

16

17

name after its birth. But there is no power in the courts to entertain such an action before the child's birth. The action at issue was commenced and the injunctive relief sought before the child's birth. It follows that under the law as it presently stands, it must fail.

2. Should the Law of Tort Be Extended to Permit the Order?

18

It is necessary at the outset to consider the principles that govern judicial extension of common law principles. As a general rule, judicial change is confined to incremental change "based largely on the mechanism of extending an existing principle to new circumstances"; courts will not extend the common law "where the revision is major and its ramifications complex": *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-61; approved in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 668-69, *per* Iacobucci J. As I stated in *Watkins*:

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

actuel du droit de la responsabilité délictuelle, le préjudice causé au fœtus pourrait donner ouverture à une action intentée au nom de l'enfant après sa naissance. Mais une cour de justice n'a pas le pouvoir d'entendre une telle action avant la naissance de l'enfant. En l'espèce, l'action en vue d'obtenir l'injonction a été intentée avant la naissance de l'enfant. Vu l'état actuel du droit, elle doit échouer.

2. Y a-t-il lieu de procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle afin d'autoriser l'ordonnance?

Examinons tout d'abord les principes qui régissent l'interprétation extensive des principes de la common law par les tribunaux. En règle générale, les tribunaux doivent s'en tenir à une évolution progressive qui «dépend largement du mécanisme d'application d'un principe existant à des circonstances nouvelles»; les tribunaux s'abstiendront d'étendre l'application de la common law «quand il s'agit d'une réforme majeure ayant des ramifications complexes»: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, aux pp. 760 et 761; approuvé dans *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 668 et 669, le juge Iacobucci. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Watkins*:

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

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

The changes which the agency asks this Court to make to the law of tort may be summarized as follows:

1. Overturn the rule that rights accrue to a person only at birth (the "live-birth" rule);
2. Recognize a fetal right to sue the mother carrying the fetus;
3. Recognize a cause of action for lifestyle choices which may adversely affect others;
4. Recognize an injunctive remedy which deprives a defendant of important liberties, including her involuntary confinement.

The proposed changes to the law of tort are major, affecting the rights and remedies available in many other areas of tort law. They involve moral choices and would create conflicts between fundamental interests and rights. They would have an immediate and drastic impact on the lives of women as well as men who might find themselves incarcerated and treated against their will for conduct alleged to harm others. And, they possess complex ramifications impossible for this Court to fully assess, giving rise to the danger that the proposed order might impede the goal of healthy infants more than it would promote it. In short, these are not the sort of changes which common law courts can or should make. These are the sort of changes which should be left to the legislature.

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

Les modifications que l'organisme demande à notre Cour d'apporter aux règles du droit de la responsabilité délictuelle peuvent être résumées ainsi:

1. Abolir la règle voulant que le fœtus n'acquière des droits qu'à la naissance (le principe de la «naissance vivante»);
2. Reconnaître au fœtus le droit de poursuivre la femme qui le porte;
3. Reconnaître l'existence d'une cause d'action liée au choix d'un mode de vie susceptible de nuire à autrui;
4. Reconnaître la possibilité d'accorder une injonction visant à priver la partie défenderesse de libertés importantes, notamment par voie d'internement contre son gré.

La réforme proposée est substantielle. Elle touche les droits et les recours susceptibles d'être exercés dans bien d'autres domaines du droit de la responsabilité délictuelle. Elle suppose des choix d'ordre moral et susciterait des conflits entre des droits et des intérêts fondamentaux. Elle aurait un effet immédiat et draconien sur la vie des femmes autant que sur la vie des hommes qui pourraient être internés et traités contre leur gré relativement à un comportement présumé préjudiciable pour autrui. Elle a également des ramifications complexes que notre Cour n'est pas en mesure d'évaluer pleinement, d'où le risque que l'ordonnance proposée aille à l'encontre de l'objectif qu'elle est censée promouvoir, savoir la santé infantile. En somme, il ne s'agit pas du genre de modifications qu'un tribunal de common law pourrait ou devrait apporter. De tels changements relèvent plutôt du législateur.

(a) *Overturing the Rule that Rights Accrue only at Birth*

21

A child may sue in tort for injury caused before birth. However, only when the child is born does it have the legal status to sue and damages are assessed only as of the date of birth: see *Montreal Tramways, supra*; *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff'd (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.); *Cherry (Guardian ad litem of) v. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701 (B.C.C.A.).

22

The rule that a fetus does not have a cause of action for prenatal injuries until "born alive" also governs in other common law countries such as England and Australia. In England, the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (U.K.), 1976, c. 28, s. 1, creates the basis of civil liability where a child is born disabled in consequence of tortious action of some person before the child's birth. In Australia, the Supreme Court of Victoria in *Watt v. Rama*, [1972] V.R. 353 (Full Ct.), in permitting a claim for a prenatal injury resulting from an accident to the mother during pregnancy, explained why the right to sue does not exist before birth as follows (at pp. 360-61):

On the birth the relationship crystallized and out of it arose a duty on the defendant in relation to the child. On the facts which for present purposes must be assumed, the child was born with injuries caused by the act or neglect of the defendant in the driving of his car. But as the child could not in the very nature of things acquire rights correlative to a duty until it became by birth a living person, and as it was not until then that it could sustain injuries as a living person, it was, we think, at that stage that the duty arising out of the relationship was attached to the defendant, and it was at that stage that the defendant was, on the assumption that his act or omission in the driving of the car constituted a failure to take reasonable care, in breach of the duty to take reasonable care to avoid injury to the child. On this view the fact that damage was done to the embryo or foetus before birth, if such was sought to be established, was not an independent element in the plaintiff's cause of

a) *Abolir la règle voulant que le fœtus n'acquière des droits qu'à la naissance*

L'enfant peut intenter une action en responsabilité délictuelle pour le préjudice subi avant sa naissance. Toutefois, ce n'est qu'à la naissance qu'il a la capacité juridique de le faire, et le préjudice subi n'est évalué qu'à partir de ce moment: voir *Montreal Tramways*, précité; *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.); *Cherry (Guardian ad litem of) c. Borsman*, [1992] 6 W.W.R. 701 (C.A.C.-B.).

La règle voulant que le fœtus n'ait une cause d'action pour un préjudice prénatal qu'à partir de la «naissance vivante» vaut également dans les autres ressorts de common law, comme l'Angleterre et l'Australie. En Angleterre, la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* (R.-U.), 1976, ch. 28, art. 1, établit un régime de responsabilité civile au bénéfice de l'enfant qui naît handicapé en raison d'un acte délictuel commis avant sa naissance. En Australie, dans *Watt c. Rama*, [1972] V.R. 353 (Full Ct.), une poursuite pour préjudice prénatal résultant d'un accident dont la mère avait été victime pendant sa grossesse a été autorisée; ce faisant, la Cour suprême de Victoria explique ainsi que le droit de poursuivre n'existe pas avant la naissance (aux pp. 360 et 361):

[TRADUCTION] À la naissance, le lien s'est établi et il fait peser sur la partie défenderesse une obligation au bénéfice de l'enfant. Compte tenu des faits qui, pour l'instant, doivent être tenus pour avérés, l'enfant est né affligé d'un préjudice causé par l'acte ou la négligence de la partie défenderesse dans la conduite de son véhicule. Mais comme, par la nature des choses, l'enfant ne pouvait acquérir de droits corrélatifs à une obligation avant sa naissance et que ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il pouvait subir un préjudice en tant que personne vivante, nous croyons que c'est à ce moment qu'une obligation découlant du lien établi pesait sur la partie défenderesse et que c'est aussi à ce moment que la partie défenderesse, en supposant que son action ou son omission dans la conduite du véhicule équivalait à une absence de prudence raisonnable, a manqué à son obligation de faire preuve de prudence raisonnable pour éviter de blesser l'enfant. Partant, le fait que le préjudice a été infligé à l'embryon ou au fœtus avant la naissance, si on devait chercher à l'établir, ne constituait pas un élément indépendant de la cause d'action de la partie

action, but merely an evidentiary fact relevant to the issue of causation. [Emphasis added.]

To permit intervention prior to birth in recognition of a duty of care owed to the fetus *in utero* would constitute a major departure from the common law as it has stood for decades. It would reverse the long-standing principle of tort law that remedies for negligent behaviour cannot be pursued until a cause of action is brought by a juridical person.

This change to the law of tort is fraught with complexities and ramifications, the consequences of which cannot be precisely foretold. At what stage would a fetus acquire rights? Could women who choose to terminate a pregnancy face injunctive relief prohibiting termination, relief which this Court rejected in *Tremblay v. Daigle*? Alternatively, could they face an action for damages brought on behalf of the fetus for its lost life? If a pregnant woman is killed as a consequence of negligence on the highway, may a family sue not only for her death, but for that of the unborn child? If it is established that a fetus can feel discomfort, can it sue its mother (or perhaps her doctor) and claim damages for the discomfort? If the unborn child is a legal person with legal rights, arguments can be made in favour of all these propositions. Some might endorse such changes, others deplore them. The point is that they are major changes attracting an array of consequences that would place the courts at the heart of a web of thorny moral and social issues which are better dealt with by elected legislators than by the courts. Having broken the time-honoured rule that legal rights accrue only upon live birth, the courts would find it difficult to limit application of the new principle to particular cases. By contrast, the legislature, should it choose to introduce a law permitting action to protect

demanderesse, mais simplement un fait probatoire pertinent aux fins de la question du lien de causalité. [Je souligne.]

Permettre d'agir avant la naissance en reconnaissant l'existence d'une obligation de prudence envers le fœtus *in utero* serait une rupture fondamentale avec la common law telle qu'elle existe depuis des décennies. Cela ferait fi du principe depuis longtemps établi en matière délictuelle selon lequel aucun recours pour comportement négligent ne peut être exercé avant qu'une personne juridique n'acquière une cause d'action à cet égard.

Une telle mutation du droit de la responsabilité délictuelle comporte à la fois des difficultés et des ramifications, dont les conséquences ne peuvent être prévues avec exactitude. À quel moment le fœtus deviendra-t-il sujet de droit? La femme qui décide de mettre fin à sa grossesse s'exposera-t-elle à une injonction lui interdisant de le faire, pareille injonction ayant été refusée par notre Cour dans *Tremblay c. Daigle*? Subsidiairement, pourrait-elle faire l'objet d'une action en dommages-intérêts intentée au nom du fœtus, le préjudice étant la vie perdue? Lorsqu'une femme enceinte périt à cause de la négligence d'un conducteur, la famille peut-elle poursuivre non seulement pour son décès, mais aussi pour celui de l'enfant qu'elle portait? S'il est établi qu'un fœtus peut ressentir un malaise, peut-il poursuivre sa mère (ou peut-être son médecin) et demander une indemnité à ce titre? Si l'enfant à naître est une personne juridique titulaire de droits, des arguments peuvent être formulés à l'appui de toutes ces propositions. Certains pourront souscrire à une telle évolution, d'autres la déploreront. Il reste qu'il s'agit d'une modification substantielle aux conséquences multiples qui plaçait les tribunaux au cœur d'un épineux débat d'ordre moral et social relevant davantage des élus que des tribunaux. En rompant avec la règle traditionnelle selon laquelle les droits ne s'acquerraient qu'à la naissance vivante, les tribunaux auraient du mal à restreindre l'application du nouveau principe à certains cas particuliers. Au contraire, le législateur, s'il décidait d'adopter une loi permettant d'intenter une action pour protéger l'enfant à naître contre l'abus de substances intoxicantes, pourrait

23

24

unborn children against substance abuse, could limit the law to that precise case.

25 Two arguments are made in favour of this Court abolishing the rule that no legal rights accrue before live birth. The first is that there is no defensible difference between a born child and an unborn child. This is essentially a biological argument. As noted above, the inquiry before this Court is not a biological one, but a legal one: *Tremblay v. Daigle*, *supra*. The common law has always distinguished between an unborn child and a child after birth. The proposition that biologically there may be little difference between the two is not relevant to this inquiry. For legal purposes there are great differences between the unborn and the born child, differences which raise a host of complexities.

26 The second argument is that the court should overturn the “live-birth” rule because the present law does not provide a remedy for situations like the case at bar. This argument suffers from two flaws. First, it can be made in every case where a court is asked to make a major and complex change to the law. If there were a remedy, the major change would not be required. The Court rejected this argument in *Watkins v. Olafson*, *supra*, and *Salituro*, *supra*. Nor can it avail in this case. Second, the argument begs the questions of whether a remedy is required, and if so, what remedy and how finely tailored a remedy is best able to achieve the desired social consequence. It is not every evil which attracts court action; some evils remain for the legislature to correct.

(b) *Recognizing a Fetal Right to Sue the Mother Carrying the Fetus*

27 Before birth the mother and unborn child are one in the sense that “[t]he ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman”:

restreindre le champ d’application de la loi à ce cas particulier.

Deux arguments sont soulevés à l’appui de l’abolition, par notre Cour, de la règle selon laquelle aucun droit ne s’acquiert avant la naissance vivante. Le premier est qu’il n’existe aucune différence justifiable entre l’enfant né et l’enfant à naître. Il s’agit essentiellement d’un argument d’ordre biologique. Nous l’avons déjà dit, notre Cour n’est pas appelée à trancher une question biologique, mais bien un débat de nature juridique: *Tremblay c. Daigle*, précité. La common law a toujours établi une distinction entre l’enfant à naître et l’enfant né. L’idée que, sur le plan biologique, la différence entre les deux puisse être tenue n’est pas pertinente aux fins des présentes. Des différences substantielles existent entre l’enfant à naître et l’enfant né sur le plan juridique, et ces différences impliquent moult complexités.

Selon le deuxième argument, le tribunal devrait rompre avec le principe de la «naissance vivante», parce que le droit actuel n’offre aucun redressement dans une situation comme celle considérée en l’espèce. Cet argument comporte deux lacunes. Premièrement, il peut être formulé dans toute affaire où un tribunal est appelé à apporter une modification substantielle et complexe aux règles de droit. S’il existait un redressement, aucune modification substantielle ne serait nécessaire. Notre Cour a rejeté cet argument dans les arrêts *Watkins c. Olafson* et *Salituro*, précités. Elle doit également le faire en l’espèce. Deuxièmement, il convient de se demander si un redressement s’impose et, le cas échéant, quelle en est la nature et dans quelle mesure sa portée doit être soigneusement délimitée afin d’atteindre l’objectif social visé. Tous les maux ne donnent pas ouverture à une action en justice, et il appartient au législateur de remédier à certains d’entre eux.

(b) *Reconnaître au fœtus le droit de poursuivre la femme qui le porte*

Avant la naissance, la mère et l’enfant qu’elle porte ne font qu’un en ce sens que [TRADUCTION] «[l]a vie du fœtus est intimement liée à celle de la femme enceinte et ne peut être considérée séparé-

Paton v. United Kingdom (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), at p. 415, applied in *Re F (in utero)*, *supra*. It is only after birth that the fetus assumes a separate personality. Accordingly, the law has always treated the mother and unborn child as one. To sue a pregnant woman on behalf of her unborn fetus therefore posits the anomaly of one part of a legal and physical entity suing itself.

It is therefore not surprising that no case has been cited to us from any jurisdiction in the world where a pregnant woman has been sued on behalf of her fetus. A few cases have accepted that a child, once born, may bring an action against his/her mother for prenatal injuries: *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (N.B.C.A.); *Lynch v. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411 (C.A.), at p. 415. But none have accepted the proposition that a fetus might sue the woman carrying it. On the contrary, courts which have considered the notion have rejected it: *Paton*, *supra*; *Re F (in utero)*, *supra*.

To permit an unborn child to sue its pregnant mother-to-be would introduce a radically new conception into the law; the unborn child and its mother as separate juristic persons in a mutually separable and antagonistic relation. Such a legal conception, moreover, is belied by the reality of the physical situation; for practical purposes, the unborn child and its mother-to-be are bonded in a union separable only by birth. Such a dramatic departure from the traditional legal characterization of the relationship between the unborn child and its future mother is better left to the legislature than effected by the courts.

ment»: *Paton c. United Kingdom* (1980), 3 E.H.R.R. 408 (Comm.), à la p. 415, appliqué dans *Re F (in utero)*, précité. Ce n'est qu'après la naissance que le fœtus acquiert une personnalité distincte. Par conséquent, le droit a toujours considéré que la mère et l'enfant qu'elle porte ne formaient qu'une seule et même personne. Intenter une poursuite contre une femme enceinte au nom du fœtus, c'est poser en principe une anomalie puisqu'une partie d'une entité juridique et physique agirait en justice contre elle-même.

Il n'est donc pas étonnant que les parties n'aient pu invoquer aucune cause, venant de quelque ressort que ce soit dans le monde, où une femme enceinte a été poursuivie au nom du fœtus. Dans certains cas, les tribunaux ont reconnu que l'enfant, une fois né, pouvait intenter une action contre sa mère relativement à un préjudice prénatal: *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (C.A.N.-B.), et *Lynch c. Lynch* (1991), 25 N.S.W.L.R. 411 (C.A.), à la p. 415. Mais jamais n'a été acceptée la proposition selon laquelle le fœtus peut intenter une poursuite contre la femme qui le porte. Tout au contraire, les tribunaux appelés à se prononcer ont rejeté cette proposition: *Paton* et *Re F (in utero)*, précités.

Permettre à l'enfant à naître d'ester en justice contre sa future mère aurait pour effet d'introduire une notion juridique radicalement nouvelle, soit que l'enfant à naître et la femme qui le porte constituent des personnes juridiques distinctes, dans le cadre d'une relation où chacune peut se dissocier de l'autre, voire s'opposer à l'autre. En outre, une telle notion juridique ne reflète aucunement la réalité de la situation concrète, l'enfant à naître et sa future mère étant, pour des raisons pratiques, unis par un lien qui ne peut être dissous qu'à la naissance. Une rupture aussi draconienne avec la qualification juridique traditionnelle des rapports entre l'enfant à naître et sa future mère relève davantage du législateur que des tribunaux.

(c) *Recognizing a Cause of Action for Lifestyle Choices Which May Adversely Affect Others*

30 If the problem of permitting an unborn child to sue its future mother could be surmounted, a further difficulty presents itself: could the unborn child sue her for lifestyle choices? The difficulty of this question may be discerned from the cases considering the right of born children to sue their mothers for prenatal injuries. To date, courts and legislatures have confined the right to the child suing its mother for prenatal injuries to injuries due to motor vehicle accidents.

31 In the only Canadian appellate-level case to consider the issue, *Dobson, supra*, Hoyt C.J.N.B., speaking for the court, stated, “the narrow issue here concerns pre-natal injuries received by a child as a result of a mother’s negligent driving of her motor vehicle and not injuries occasioned as a result of a mother’s lifestyle choices” (p. 336 (emphasis added)). In Australia, the same approach was taken: *Lynch v. Lynch, supra*.

32 In England, the right of infants to sue their mothers for injuries inflicted before birth is confined by statute to injuries resulting from motor vehicle accidents. The same section of the *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*, that allows children to sue for prenatal injuries specifically excludes the child’s own mother as a defendant except in cases where the alleged negligence relates to the operation of a motor vehicle (s. 2).

33 Behind the refusal of the courts and at least one legislature to permit a child to sue its mother for prenatal injuries related to her lifestyle, lies the fear that such suits would take the courts into the difficult policy issue of the extent to which a mother’s lifestyle is actionable. Leaving the special relationship between mother and unborn child aside for the moment, there is little precedent for suing any defendant in tort for damages one has suffered as a consequence of his or her lifestyle.

c) *Reconnaître l’existence d’une cause d’action liée au choix d’un mode de vie susceptible de nuire à autrui*

Si les difficultés que suscite l’autorisation de l’action intentée par l’enfant à naître contre sa mère pouvaient être surmontées, un autre problème surgirait: l’enfant à naître pourrait-il la poursuivre pour le choix d’un mode de vie? La complexité de cette question ressort des causes portant sur le droit de l’enfant né de poursuivre sa mère pour un préjudice prénatal. À ce jour, tribunaux et législateurs n’ont permis l’exercice d’un tel droit qu’à l’égard d’un préjudice subi lors d’un accident de la route.

Dans la seule affaire canadienne où la question a été examinée en appel, *Dobson*, précité, le juge en chef Hoyt dit, au nom de la cour: [TRADUCTION] «la question en litige en l’espèce porte uniquement sur le préjudice prénatal qu’inflige une mère à son enfant en faisant preuve de négligence au volant d’un véhicule automobile, et non sur le préjudice résultant du choix d’un mode de vie par la mère» (p. 336 (je souligne)). En Australie, la même optique est retenue dans *Lynch c. Lynch*, précité.

En Angleterre, la loi prévoit que le droit du jeune enfant de poursuivre sa mère pour un préjudice infligé avant sa naissance ne peut être exercé qu’à l’égard de dommages subis lors d’un accident de la route. L’article même de la *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* qui permet à l’enfant d’exercer une poursuite en cas de préjudice prénatal prévoit expressément que la mère de l’enfant ne peut être constituée partie défenderesse, sauf négligence présumée dans la conduite d’un véhicule automobile (art. 2).

Le refus des tribunaux et d’au moins un législateur de permettre à l’enfant de poursuivre sa mère pour un préjudice prénatal lié au mode de vie de cette dernière s’explique par la crainte que de telles poursuites ne contraignent les tribunaux à se prononcer sur une épineuse question de principe, savoir dans quelle mesure le mode de vie de la mère confère-t-il un droit d’action? Abstraction faite pour l’instant du cas particulier de la mère et de l’enfant à naître, il n’y a guère de précédent que

While it is not inconceivable that the courts, proceeding properly in their incremental law-making capacity, may one day recognize such claims, the appellant agency faces the difficulty that on this point too it is asking this Court to break new ground in a controversial area. Once again, the consequences for the law of tort generally might be great. Are children to be permitted to sue their parents for second-hand smoke inhaled around the family dinner table? Could any cohabitant bring such an action? Are children to be permitted to sue their parents for spanking causing psychological trauma or poor grades due to alcoholism or a parent's undue fondness for the office or the golf course? If we permit lifestyle actions, where do we draw the line?

The difficulties multiply when the lifestyle in question is that of a pregnant woman whose liberty is intimately and inescapably bound to her unborn child. One faces, to borrow the words of Hoyt C.J.N.B. in *Dobson, supra*, the "spectre of mothers being sued by their children for various activities or lifestyle choices, such as smoking, drinking and the taking or refusal of medication, during pregnancy that injure the child, with the result that mothers will be unable to control their own bodies and make autonomous choices" (p. 336). There is no authority in Canada, England or Australia for the proposition that a mother can be sued for negligent behaviour relating to lifestyle choices made during pregnancy. To recognize a duty of care in such situations would constitute yet another marked extension of the common law which would affect a large segment of society. It follows that the Court must approach the issue with great caution.

l'on puisse invoquer pour poursuivre une personne en responsabilité délictuelle pour un préjudice imputable à son mode de vie. Bien qu'il ne soit pas inconcevable que les tribunaux, dans l'exercice légitime de leur pouvoir de faire évoluer le droit, reconnaissent un jour de telles demandes, l'organisme appelant se heurte à une difficulté en ce que, à cet égard également, il demande à notre Cour d'innover dans un domaine controversé. À nouveau, les conséquences pour le droit délictuel en général peuvent être considérables. Doit-on permettre à l'enfant de poursuivre ses parents pour la fumée secondaire qu'il respire lors des repas en famille? Tout cooccupant de la maison pourrait-il intenter une action à cet égard? Devrait-on autoriser l'enfant à poursuivre ses parents pour une correction qui lui a infligé un traumatisme psychologique, pour les piètres résultats scolaires qu'il impute à l'alcoolisme ou au penchant immodéré de l'un de ses parents pour le travail ou le golf? S'il est permis d'intenter une action fondée sur le mode de vie, où cela doit-il s'arrêter?

Les difficultés se multiplient lorsque le mode de vie en cause est celui d'une femme enceinte dont la liberté est intimement et inéluctablement liée à celle de l'enfant qu'elle porte. Pour reprendre les termes employés par le juge en chef Hoyt dans l'arrêt *Dobson*, précité, on s'expose à [TRADUCTION] «la possibilité que les mères soient poursuivies par leurs enfants pour le choix d'un mode de vie ou l'exercice de diverses activités préjudiciables à l'enfant à naître, comme fumer, boire de l'alcool et prendre ou refuser de prendre des médicaments, de telle sorte que les femmes enceintes ne seraient plus maîtresses de leur propre corps et ne pourraient plus agir en toute autonomie» (p. 336). Aucun arrêt au Canada, en Angleterre ni en Australie n'appuie la proposition voulant qu'une mère puisse être poursuivie pour un comportement négligent lié au choix d'un mode de vie pendant la grossesse. La reconnaissance d'une obligation de diligence en pareil cas, constituerait une autre extension marquée de la common law qui toucherait une grande partie de la population. Il s'ensuit donc que notre Cour doit examiner la question avec beaucoup de prudence.

35 Before imposing a duty of care in a new situation, the court must be satisfied: (1) that there is a sufficiently close relationship between the parties to give rise to the duty of care; and (2) that there are no considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise: *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

36 The first criterion is met in the present case. The relationship between a woman and her fetus (assuming for the purposes of argument that they can be treated as separate legal entities) is sufficiently close that in the reasonable contemplation of the woman, carelessness on her part might cause damage to the fetus. The more difficult questions arise within the second branch of the test. A host of policy considerations may be raised against the imposition of tort liability on a pregnant woman for lifestyle choices that may affect her unborn child.

37 Most obviously, recognizing a duty of care owed by a mother to her child for negligent prenatal behaviour may create a conflict between the pregnant woman as an autonomous decision-maker and her fetus. As the Royal Commission on New Reproductive Technologies in its final report *Proceed with Care* (1993), vol. 2, eloquently puts it (at pp. 957-58):

From the woman's perspective, . . . considering the interests of her fetus separately from her own has the potential to create adversary situations with negative consequences for her autonomy and bodily integrity, for her relationship with her partner, and for her relationship with her physician. Judicial intervention is bound to precipitate crisis and conflict, instead of preventing them through support and care. It also ignores the basic components of women's fundamental human rights — the right to bodily integrity, and the right to equality, privacy, and dignity.

Avant d'imposer une obligation de diligence dans une situation nouvelle, le tribunal doit être convaincu (1) qu'il y a des relations suffisamment étroites entre les parties pour donner naissance à l'obligation de diligence et (2) qu'il n'existe aucun motif de restreindre ou de rejeter la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ni les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu: *Ville de Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Le premier critère est respecté en l'espèce. Les relations entre la femme enceinte et le fœtus (à supposer, aux fins de la discussion, qu'ils puissent être considérés comme des entités juridiques distinctes) sont suffisamment étroites pour que la femme puisse raisonnablement prévoir qu'une négligence de sa part pourra porter préjudice au fœtus. Le second volet du critère suscite davantage de difficultés. De nombreuses considérations de principe peuvent être invoquées à l'encontre de la reconnaissance de la responsabilité délictuelle de la femme enceinte en raison du choix d'un mode de vie susceptible d'avoir une incidence sur l'enfant qu'elle porte.

À l'évidence, la reconnaissance d'une obligation de diligence de la mère envers l'enfant pour un comportement négligent avant la naissance peut mener à un conflit entre la femme enceinte, en tant que personne apte à prendre des décisions de manière autonome, et le fœtus. Comme le dit avec éloquence la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction dans son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2 (aux pp. 1084 et 1085):

[D]u point de vue des femmes, considérer les intérêts du fœtus séparément de ceux de la mère risque de créer des conflits susceptibles d'avoir des conséquences néfastes sur son autonomie et son intégrité physique, ainsi que sur ses relations avec son partenaire et avec son médecin. L'intervention judiciaire exacerbe inévitablement les situations de crise et de conflits plutôt que de les prévenir par le soutien et les soins nécessaires. En outre, elle fait fi des fondements des droits de la personne, c'est-à-dire son droit à l'intégrité physique, à l'égalité, à l'intimité et à la dignité.

The potential for intrusions on a woman's right to make choices concerning herself is considerable. The fetus' complete physical existence is dependent on the body of the woman. As a result, any intervention to further the fetus' interests will necessarily implicate, and possibly conflict with the mother's interests. Similarly, each choice made by the woman in relation to her body will affect the fetus and potentially attract tort liability.

The appellant agency argues that the potential intrusions would be minimal because the duty of care could be defined very narrowly. It submits that the duty of care should be to refrain from activities that have no substantial value to a pregnant woman's well-being or right of self-determination and that have the potential to cause grave and irreparable harm to the child's life, health and ability to function after birth.

The problem with this test lies in the terms "substantial value" and "well-being or right of self-determination". They are vague and broad and may not be adequate by themselves to narrowly confine the duty of care. What does substantial value to a woman's well-being mean? What does a woman's well-being include? What is involved in a woman's right of self-determination — all her choices, or merely some of them? And if some only, what is the criterion of distinction? Although it may be easy to determine that abusing solvents does not add substantial value to a pregnant woman's well-being and may not be the type of self-determination that deserves protection, other behaviours are not as easily classified. At what point does consumption of alcohol fail to add substantial value to a pregnant woman's well-being? Or cigarette smoking? Or strenuous exercise? No bright lines emerge to distinguish tortious behaviour from non-tortious once the door is opened to suing a pregnant mother for lifestyle choices

Le risque d'empiétement sur le droit d'une femme de faire des choix la concernant est considérable. L'existence physique du fœtus dépend entièrement du corps de la femme. En conséquence, toute mesure de protection des intérêts du fœtus a nécessairement un effet sur les intérêts de la mère et peut même entrer en conflit avec ces derniers. De même, tout choix que fait une femme concernant son corps touche le fœtus et pourrait engager sa responsabilité délictuelle.

L'organisme appelant soutient que le risque d'empiétement serait minime, car l'obligation de diligence pourrait être très étroitement définie. Il fait valoir que la femme enceinte serait tenue de ne pas se livrer à des activités qui ne sont pas substantiellement utiles à son bien-être ou à l'exercice de son droit à l'autonomie mais sont susceptibles de causer un préjudice grave et irréparable à la vie, à la santé ou à la capacité de l'enfant de mener sa vie après sa naissance.

La difficulté que soulève ce critère découle de l'emploi des termes «substantiellement utiles à son bien-être ou à l'exercice de son droit à l'autonomie». Cette formule est vague et générale, et son utilisation en soi peut ne pas être suffisante pour délimiter étroitement l'obligation de diligence. Qu'est-ce qu'une activité substantiellement utile au bien-être d'une femme? Que comprend ce bien-être? Quel est l'objet du droit à l'autonomie — tous les choix de la femme, ou seulement certains d'entre eux? Dans ce dernier cas, quel critère permettra de déterminer les choix à retenir? Même s'il peut être aisé de conclure que l'inhalation de vapeurs de solvants n'est pas substantiellement utile au bien-être de la femme enceinte et ne constitue peut-être pas le genre de manifestation d'autonomie qui mérite d'être protégée, la qualification d'autres comportements peut ne pas être aussi facile. À quel moment la consommation d'alcool cesse-t-elle d'être substantiellement utile au bien-être d'une femme enceinte? Qu'en est-il de la cigarette? Ou des exercices violents? Aucun élément ne permet de départager clairement les comportements délictueux de ceux qui ne le sont pas une fois qu'il est possible de poursuivre une femme

38

39

adversely affecting the fetus. As one writer suggests:

[A woman] could . . . be held liable for any behavior during her pregnancy having potentially adverse effects on her fetus, including failing to eat properly, using prescription, nonprescription and illegal drugs, smoking, drinking alcohol, exposing herself to infectious disease or to workplace hazards, engaging in immoderate exercise or sexual intercourse, residing at high altitudes for prolonged periods, or using a general anesthetic or drugs to induce rapid labor during delivery.

(See: D. E. Johnsen, "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986), 95 *Yale L.J.* 599, at pp. 606-7.)

40

These difficulties would be complicated by the fact that determining what will cause grave and irreparable harm to a fetus — the threshold for injunctive relief — is a difficult endeavour with which medical researchers continually struggle. The difference between confinement and freedom, between damages and non-liability, may depend on a grasp of the latest research and its implications. The pregnant women most likely to be affected by such a "knowledge" requirement would be those in lower socio-economic groups. Minority women, illiterate women, and women of limited education will be the most likely to fall afoul of the law and the new duty it imposes and to suffer the consequences of injunctive relief and potential damage awards.

41

A further problem arises from the fact that lifestyle "choices" like alcohol consumption, drug abuse, and poor nutrition may be the products of circumstance and illness rather than free choice capable of effective deterrence by the legal sanction of tort. As J. E. Hanigsberg writes in "Power

enceinte pour le choix d'un mode de vie nuisible au fœtus. Comme le laisse entendre un auteur:

[TRADUCTION] [Une femme] pourrait [. . .] être tenue responsable pour tout comportement qui, en cours de grossesse, a pu nuire au fœtus, y compris le fait de ne pas manger convenablement, de prendre des médicaments délivrés sur ordonnance ou en vente libre, de consommer de la drogue, de fumer, de boire de l'alcool, de s'exposer à une maladie infectieuse ou à un risque professionnel, de se livrer à des rapports sexuels ou à des exercices immodérés, de résider en haute altitude pendant des périodes prolongées ou d'avoir recours à un anesthésique général ou à des médicaments pour accélérer le travail lors de l'accouchement.

(Voir: D. E. Johnsen, «The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection» (1986), 95 *Yale L.J.* 599, aux pp. 606 et 607.)

À ces obstacles s'ajouterait le fait que la détermination de ce qui est susceptible d'infliger un préjudice grave et irréparable au fœtus — le critère applicable en matière d'injonction — est une tâche difficile à laquelle se consacrent inlassablement les chercheurs dans le domaine médical. Être au fait des plus récentes recherches et de leurs conséquences pourrait faire la différence entre l'internement et la liberté, entre la condamnation à des dommages-intérêts et l'irresponsabilité. Les femmes enceintes les plus susceptibles d'être pénalisées par cette exigence liée à la «connaissance» appartiendraient aux groupes socio-économiques défavorisés. Les femmes analphabètes, peu instruites ou appartenant à des groupes minoritaires seraient les plus susceptibles de contrevenir à la loi en manquant à la nouvelle obligation qui leur serait faite, et de s'exposer ainsi à une injonction et à une éventuelle condamnation à des dommages-intérêts.

Une autre difficulté est le fait que le «choix» d'un mode de vie, manifesté par la consommation d'alcool, la toxicomanie ou une mauvaise alimentation, peut être attribuable aux circonstances et à la maladie plutôt qu'à l'exercice d'un libre-arbitre sur lequel la sanction de la responsabilité délictuelle pourrait avoir un effet dissuasif. Voici ce qu'écrit à ce sujet J. E. Hanigsberg dans «Power

and Procreation: State Interference in Pregnancy” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 35, at p. 53:

[W]omen do not abuse drugs out of a lack of care for their fetuses. Drug abusing pregnant women, like other drug abusers, are addicts. People do not want to be drug addicts. In addition, a product of addiction is the inability to control in-take of the substance being abused. . . .

Treating pregnant substance abusers as fetal abusers ignores the range of conditions that contribute to problems like drug addiction and lack of nutrition, such as limited quality pre-natal care, lack of food for impoverished women, and lack of treatment for substance abusers.

While the law may properly impose responsibility for the consequences of addictive behaviour, like drunkenness, the policy question remains of whether extending a duty of care in tort in this particular situation as the remedy for redressing problems which are caused by addiction is a wise option. Given the lack of control pregnant women have over many of these harmful behaviours, it is doubtful whether recognizing a duty of care to refrain from them will significantly affect their choices. As a result, the general deterrent value of the proposed new duty of care is questionable.

Recognizing a duty of care in relation to the lifestyle of the pregnant woman would also increase the level of outside scrutiny that she would be subjected to. Partners, parents, friends, and neighbours are among the potential classes of people who might monitor the pregnant woman's actions to ensure that they remained within the legal parameters. Difficulty in determining what conduct is and is not permissible might be expected to give rise to conflicts between the interested persons and the pregnant woman or even between the interested persons themselves. This raises the possibility of conflict which may exacerbate the pregnant woman's condition (and thus the fetus') rather than improve it.

and Procreation: State Interference in Pregnancy» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 35, à la p. 53:

[TRADUCTION] [L]a femme enceinte qui se drogue ne le fait pas par indifférence envers le fœtus. Tout comme les autres toxicomanes, elle souffre d'une dépendance. Personne ne veut être toxicomane. Au surplus, l'un des effets de la dépendance est de rendre la consommation irrésistible . . .

Considérer la femme enceinte toxicomane comme une personne infligeant de mauvais traitements au fœtus, c'est passer sous silence les circonstances qui concourent à l'existence de problèmes comme la toxicomanie et la malnutrition, notamment l'insuffisance de soins prénatals de qualité, la pauvreté et l'absence de traitement destinés aux toxicomanes.

Bien qu'en droit, les conséquences d'un comportement de dépendance, tel l'état d'ébriété, puissent à juste titre engager la responsabilité, la question de principe reste posée: est-il opportun en l'occurrence de remédier au problème causé par la dépendance en établissant une obligation de diligence en matière délictuelle? Vu l'impuissance des femmes enceintes face à bon nombre de ces comportements nuisibles, il est peu probable que l'obligation qui leur serait faite afin qu'elles s'en abstiennent influence vraiment leurs choix. On peut donc s'interroger sur l'effet dissuasif général de la nouvelle obligation de diligence proposée.

Reconnaître une obligation de diligence liée au mode de vie de la femme enceinte accroîtrait la surveillance dont elle ferait l'objet de la part de son entourage. Conjoints, parents, amis et voisins font partie des personnes susceptibles d'épier la femme enceinte afin de s'assurer qu'elle respecte les paramètres établis par la loi. La difficulté de déterminer quelle conduite est acceptable ou ne l'est pas pourrait donner lieu à des conflits entre les intéressés et la femme enceinte, voire entre les intéressés eux-mêmes. Il se pourrait qu'un conflit aggrave l'état de la femme enceinte (et par conséquent celui du fœtus) plutôt que de l'améliorer.

43

If it could be predicted with some certainty that all these negative effects of extending tort liability to the lifestyle choices of pregnant women would in fact diminish the problem of injured infants, the change might nevertheless arguably be justified. But the evidence before this Court fails to establish this. It is far from clear that the proposed tort duty will decrease the incidence of substance-injured children. Indeed, the evidence suggests that such a duty might have negative effects on the health of infants. No clear consensus emerges from the debate on the question of whether ordering women into “places of safety” and mandating medical treatment provide the best solution or, on the contrary, create additional problems.

44

Indeed, changing tort law to make a pregnant mother liable for lifestyle-related fetal damage may be counterproductive in at least two ways. First, it may tend to drive the problems underground. Pregnant women suffering from alcohol or substance abuse addictions may not seek prenatal care for fear that their problems would be detected and they would be confined involuntarily and/or ordered to undergo mandatory treatment. As a result, there is a real possibility that those women most in need of proper prenatal care may be the ones who will go without and a judicial intervention designed to improve the health of the fetus and the mother may actually put both at serious health risk. Second, changing the law of tort as advocated by the agency might persuade women who would otherwise choose to continue their pregnancies to undergo an abortion. Women under the control of a substance addiction may be unable to face the prospect of being without their addicting substance and may find terminating the pregnancy a preferable alternative. In the end, orders made to protect a fetus' health could ultimately result in its destruction.

S'il était possible d'affirmer avec quelque certitude que tous ces effets néfastes de l'extension de la responsabilité délictuelle au choix du mode de vie de la femme enceinte entraîneront effectivement une réduction du nombre des enfants en bas âge victimes d'un préjudice, l'extension pourrait peut-être se justifier. Mais ce n'est pas ce qui ressort de la preuve dont notre Cour est saisie. Il est loin d'être clair que la responsabilité délictuelle proposée diminuerait le nombre des enfants victimes de la consommation de substances intoxicantes. La preuve révèle plutôt qu'elle pourrait nuire à la santé infantile. Aucun consensus clair ne se dégage quant à savoir si la meilleure solution consiste à ordonner que la femme soit détenue dans un «lieu sûr» et soumise à un traitement médical ou si, au contraire, une telle mesure ne créerait pas des problèmes supplémentaires.

En effet, la modification du droit de la responsabilité délictuelle afin de rendre la femme enceinte responsable du préjudice causé au fœtus par son mode de vie peut aller à l'encontre du but recherché au moins de deux façons. Premièrement, cela pourrait faire en sorte d'occulter les problèmes. Il se peut que la femme enceinte souffrant d'une dépendance à l'égard de l'alcool ou d'une autre substance ne demande pas de soins prénatals par crainte que son problème ne soit décelé et qu'elle ne soit internée contre son gré ou contrainte de se soumettre à un traitement, ou les deux. Il existe donc un risque réel que les femmes qui ont le plus besoin de soins prénatals adéquats n'en reçoivent pas et qu'une mesure judiciaire visant à améliorer la santé du fœtus et celle de la mère compromette sérieusement les deux. Deuxièmement, la modification du droit de la responsabilité délictuelle préconisée par l'organisme pourrait inciter la femme qui, autrement, poursuivrait sa grossesse, à recourir à l'avortement. La femme qui souffre d'une dépendance à l'égard d'une substance intoxicante peut ne pas supporter l'idée d'être privée de celle-ci et juger préférable de mettre fin à sa grossesse. En fin de compte, l'ordonnance rendue afin de protéger la santé du fœtus pourrait entraîner sa destruction.

It is not necessary for the purposes of this appeal to decide whether (assuming the difficulties discussed above involved in treating the pregnant woman and her fetus as separate entities could be overcome) the policy objections to the proposed extension of tort liability for lifestyle-related fetal damage to pregnant women, would negate the *prima facie* duty of care which arises under the test in *City of Kamloops v. Nielsen*, *supra*. It suffices to note that serious policy concerns to such an extension of the law exist. The proposed change to the law of tort has the potential to produce considerable uncertainty and affect many peoples' lives adversely, without any assurance of reducing the problem of damage to unborn children from substance abuse. These considerations, as well as the problems associated with assigning separate legal status to pregnant woman and fetus, militate in favour of leaving it to the legislature to address the proper remedy for the problem.

(d) *The Extension of Injunctive Relief in Civil Cases to Detention of the Person*

In Canada, tort law permits injunctions to detain goods (the *Mareva* injunction), to restrain activities such as unlawful picketing, and sometimes to mandate certain positive action to prevent the occurrence of serious damage. But the principles of tort law have never been used to justify the forcible detention and mandatory treatment of a person. The order at issue on this appeal can be upheld only by a radical extension of civil remedies into the most sacred sphere of personal liberty — the right of every person to live and move in freedom. There exist only two ways in which the state may lawfully involuntarily confine a person: (1) by the criminal law, whose proper concern is the incarceration of those found guilty of criminal offences against society; and (2) by an order made under a provincial *Mental Health Act* that a person is not competent to manage his or her own affairs. It is open to Parliament and the legislature to enact new grounds for involuntary confinement, subject to compliance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. But to suggest that judges at

Aux fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de déterminer (à supposer que soient résolues les difficultés déjà évoquées que suscite le traitement de la femme enceinte et du fœtus comme des entités distinctes) si les oppositions de principe à l'extension proposée de la responsabilité délictuelle à la femme enceinte pour les dommages causés au fœtus par le choix d'un mode de vie annuleraient l'obligation de diligence qui existe à première vue, suivant le critère établi dans l'arrêt *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précité. Il suffit de signaler qu'une telle extension des règles de droit soulève de graves questions de principe. La réforme proposée du droit de la responsabilité délictuelle pourrait créer une incertitude considérable et avoir une incidence défavorable sur la vie de beaucoup de gens, sans pour autant assurer la régression des dommages prénatals causés par l'abus de drogues. Ces considérations, de même que les difficultés que soulève l'attribution d'un statut juridique distinct à la femme enceinte et au fœtus, justifient qu'on laisse au législateur le soin d'apporter une solution à ce problème.

d) *Extension de l'injonction en matière civile à la détention d'une personne*

Au Canada, le droit de la responsabilité délictuelle permet l'octroi d'une injonction ordonnant la rétention de marchandises (l'injonction *Mareva*), interdisant certaines activités comme le piquetage illégal et, parfois, prescrivant certaines mesures précises afin qu'aucun préjudice grave ne soit causé. Mais les principes du droit de la responsabilité délictuelle n'ont jamais servi à justifier l'internement et le traitement d'une personne contre son gré. L'ordonnance visée en l'espèce ne peut être confirmée que par un élargissement radical du champ d'application des recours civils dans le domaine le plus sacré de la liberté individuelle, savoir le droit de chacun de vivre et de se déplacer à sa guise. L'État ne dispose que de deux avenues légales pour interner une personne contre son gré: (1) l'application du droit pénal dont l'objet légitime est l'incarcération de la personne déclarée coupable d'une infraction criminelle afin de protéger la société et (2) l'obtention, en application d'une loi provinciale sur la santé mentale, d'une ordonnance portant qu'une personne est inapte à

common law should do so is unprecedented. To describe such a change as “major” is to understate the matter; to predict that it would have important ramifications is to state the obvious. This final change is one which, if it is to be made, must be left to Parliament or the legislature.

(e) *Conclusion as to Whether the Law of Tort Should Be Extended as Proposed*

47

Taken together, the changes to the law of tort that would be required to support the order for detention at issue are of such magnitude, consequence, and policy difficulty that they exceed the proper incremental law-making powers of the courts. Whether such changes should be made, and if so, how far the law should go in making them, is a task more appropriate to the legislatures than the courts.

48

I conclude that the order for detention cannot be upheld as an application of tort law.

B. *Does the Power of the Court in Parens Patriae Support an Order for the Detention and Treatment of a Pregnant Woman for the Purpose of Preventing Harm to the Unborn Child?*

49

Alternatively, the appellant agency seeks to sustain the order for the detention of the respondent by an extension of the court’s *parens patriae* jurisdiction to permit protection of unborn children. Courts have the power to step into the shoes of the parent and make orders in the best interests of the child: *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The

gérer ses propres affaires. Il est loisible au Parlement et aux législatures de décider que d’autres motifs justifient l’internement d’une personne contre son gré, sous réserve du respect des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais c’est la première fois que l’on affirme qu’il incombe aux tribunaux de le faire en appliquant la common law. Dire qu’il s’agit d’une modification «substantielle» c’est un euphémisme. Qu’une telle mesure ait d’importantes ramifications est une vérité de La Palice. Il incombe au Parlement ou aux législatures, le cas échéant, d’apporter ce changement décisif.

e) *Conclusion quant à savoir s’il y a lieu d’apporter l’extension proposée au droit de la responsabilité délictuelle*

Considérés dans leur ensemble, les changements qu’il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l’ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu’ils soulèvent, qu’ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu’aux tribunaux de décider si de telles modifications sont opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme.

J’arrive à la conclusion que l’ordonnance de détention ne peut être confirmée sur le fondement du droit de la responsabilité délictuelle.

B. *La compétence parens patriae de notre Cour justifie-t-elle le prononcé, à l’égard d’une femme enceinte, d’une ordonnance de détention et de traitement afin d’empêcher qu’un préjudice ne soit infligé à l’enfant à naître?*

Subsidiairement, l’organisme appelant tente de justifier l’ordonnance de détention de l’intimée par une extension de la compétence *parens patriae* afin de permettre à la cour d’assurer la protection de l’enfant à naître. Une cour de justice a le pouvoir de se substituer à la mère ou au père et de rendre des ordonnances dans l’intérêt de l’enfant:

agency argues that this power should be extended to orders on behalf of unborn children.

I would reject this submission for reasons similar to those enunciated in connection with the submission that the law of tort should be extended to the unborn. The submission requires a major change to the law of *parens patriae*. The ramifications of the change would be significant and complex. The change involves conflicts of fundamental rights and interests and difficult policy issues. Not surprisingly these difficulties have led all appellate courts that have considered the extension to reject it. I share their view.

The law as it stands is clear: the courts do not have *parens patriae* or wardship jurisdiction over unborn children. This is the law in the European Community, Great Britain and Canada. In Canada, all courts which have considered the issue, save for the trial judge in this case, appear to have rejected the proposition that the *parens patriae* jurisdiction of the court extends to unborn children. In *Re A.* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288 (Ont. U.F.C.), the Children's Aid Society of Hamilton-Wentworth brought an action for a supervision order to ensure that a pregnant woman seek appropriate prenatal care deemed necessary for the welfare of the fetus. Steinberg U.F.C.J., having concluded that there was no jurisdiction to make the order under the *Child and Family Services Act*, S.O. 1984, c. 55, considered whether the *parens patriae* jurisdiction was broad enough to force the confinement of a pregnant woman to protect her fetus. He held it was not broad enough. At p. 298, he concluded:

The essence of the *parens patriae* power is that the court is empowered to take steps to protect the child or the fetus *in the place of the parent*. But here the child is actually inside of the mother. It is, therefore, impossible

E. (Mme) c. Eve, [1986] 2 R.C.S. 388. L'organisme prétend que cette compétence devrait permettre de rendre des ordonnances pour le compte de l'enfant à naître.

Je suis d'avis de rejeter cette prétention pour des motifs semblables à ceux exposés relativement à l'argument selon lequel le droit de la responsabilité délictuelle devrait s'appliquer à l'enfant à naître. Elle implique une modification fondamentale des règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*. Les répercussions d'un tel changement seraient à la fois considérables et complexes. Des droits fondamentaux s'opposeraient et des questions de principe difficiles seraient soulevées. Il n'est pas étonnant que ces difficultés aient amené toutes les cours d'appel qui ont examiné la réforme proposée à la rejeter. Je partage leur point de vue.

Le droit dans son état actuel est clair: les tribunaux ne peuvent exercer leur compétence *parens patriae* ou de tutelle à l'égard de l'enfant à naître. Telle est la situation au sein de la Communauté européenne, en Grande-Bretagne et au Canada. Exception faite du juge de première instance dans la présente affaire, tous les tribunaux canadiens appelés à se prononcer sur la question semblent avoir écarté la possibilité d'exercer la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître. Dans *Re A.* (1990), 28 R.F.L. (3d) 288 (C.U.F. Ont.), la société d'aide à l'enfance de Hamilton-Wentworth avait engagé une procédure en vue d'obtenir une ordonnance de surveillance pour faire en sorte qu'une femme enceinte demande les soins prénatals jugés nécessaires au bien-être du fœtus. Le juge Steinberg, après avoir conclu que le tribunal n'avait pas le pouvoir de rendre l'ordonnance en application de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55, a examiné la question de savoir si la compétence *parens patriae* est suffisamment large pour permettre l'internement d'une femme enceinte en vue de protéger le fœtus. Il a conclu que tel n'était pas le cas. Voici ce qu'il a dit à la p. 298:

[TRADUCTION] Essentiellement, la compétence *parens patriae* permet au tribunal de prendre des mesures pour protéger l'enfant ou le fœtus *à la place du parent*. Or, en l'occurrence, l'enfant se trouve de fait à l'intérieur de la

50

51

in this case to take steps to protect the child without ultimately forcing the mother, under restraint if necessary, to undergo medical treatment and other processes against her will. I believe that the *parens patriae* jurisdiction is just not broad enough to envisage the forceable confinement of a parent as a necessary incident of its exercise. Even if it were, however, the court should be very wary about using its powers in such instances, as its routine exercise could possibly lead to some abuse of pregnant mothers. [Emphasis in original.]

Similarly, the New Brunswick Court of Queen's Bench has also held that the *parens patriae* jurisdiction does not extend to protection of the unborn: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Hickey*, N.B.Q.B. (Fam. Div.), November 4, 1996, unreported, *per* Young J.

52

The English Court of Appeal has taken the same view: *Re F (in utero)*, *supra*. The local authority sought a wardship order over the unborn child of a severely mentally disabled woman given to roaming and periodic disappearance. In separate judgments, all members of the court agreed that the wardship power could not be used in the manner requested. May L.J. emphasized the effect such an order would have on the liberty of the pregnant woman and the incompatibility of a wardship order with those interests (at p. 194):

In wardship proceedings the court is exercising a parental jurisdiction in which the paramount consideration is the child's welfare. But in the case of an unborn child the only orders to protect him or her which the court could make would be with regard to the mother herself. Thus in the first place there would have to be an order authorising the local authority to find the mother. Then perhaps an order that she should live in a certain place and probably attend a certain hospital. All of these would be restrictive of the mother's liberty. Further, there could well be medical problems which would have to be solved: the mother might wish one course of action to be taken; it might be in the interests of the child that an alternative procedure should be followed. Until the child is actually born there must necessarily be an inherent incompatibility between any projected exercise of

mère. Il est donc impossible en l'espèce de prendre des mesures pour protéger l'enfant sans, en fin de compte, contraindre la mère à se soumettre à un traitement médical et à d'autres mesures contre son gré et ordonner son internement si nécessaire. Je crois que la compétence *parens patriae* n'est tout simplement pas suffisamment large pour englober l'internement d'un parent contre son gré comme mesure nécessairement accessoire à son exercice. Néanmoins, le cas échéant, une cour de justice devrait se montrer très prudente quant à l'exercice de ce pouvoir, car la banalisation d'une telle mesure pourrait exposer la femme enceinte à des abus. [En italique dans l'original.]

De même, la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick a également conclu que la compétence *parens patriae* ne s'étendait pas à la protection de l'enfant à naître: *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. Hickey*, B.R.N.-B. (Div. fam.), 4 novembre 1996, inédit, le juge Young.

La Cour d'appel d'Angleterre a adopté le même point de vue dans *Re F (in utero)*, précité. L'administration locale avait demandé une ordonnance de tutelle relativement à l'enfant à naître d'une femme atteinte d'une grave déficience mentale qui avait l'habitude de vagabonder et disparaissait périodiquement. Dans des jugements distincts, tous les membres de la cour ont convenu que la compétence de tutelle ne pouvait être exercée de la manière préconisée. Le lord juge May a mis en évidence l'effet qu'une telle ordonnance aurait sur la liberté de la femme enceinte et son incompatibilité avec les droits de celle-ci (à la p. 194):

[TRADUCTION] Dans le cadre d'une instance de tutelle, le tribunal exerce une compétence parentale, et le facteur prépondérant est le bien-être de l'enfant. Cependant, dans le cas de l'enfant à naître, toute ordonnance que le tribunal pourrait rendre pour le protéger viserait la mère. Ainsi, dans un premier temps, l'administration locale devrait obtenir une ordonnance l'autorisant à rechercher la mère. Puis, éventuellement, une ordonnance enjoignant à celle-ci de demeurer dans un lieu précis et, probablement, de se présenter à un hôpital en particulier. Toutes ces mesures restreindraient la liberté de la future mère. En outre, il se pourrait que des problèmes de nature médicale doivent être résolus, la femme pouvant alors privilégier une solution, tandis que l'intérêt de l'enfant à naître en commanderait une autre. Jusqu'à la naissance de l'enfant, tout exercice projeté de la compé-

wardship jurisdiction and the rights and welfare of the mother.

May L.J. gave four reasons for limiting the court's jurisdiction to born children. First, a fetus does not attain legal personhood until birth and therefore, the order would be contrary to that principle: *Paton, supra*. Second, applying the principle that the interests of the child are to be predominant would create conflict between the existing legal interests of the mother and those of the unborn child. Third, there could be difficulties in enforcing against the mother any order in respect of an unborn child. And finally, he held that under the *Supreme Court Act 1981* only "minors" could be made wards of the court and that in light of the *Family Law Reform Act 1969*, a "minor" could only be a person, in the sense that he or she had been born.

Balcombe L.J. also emphasized the incompatibility between wardship of the unborn and the pregnant woman's freedom. He pointed out that (as in Canada) the *Mental Health Acts* regulate and limit when a person may be confined against her will. If a pregnant woman was to be subject to controls for the benefit of her unborn child, Parliament should so legislate, as it had in the case of mentally incompetent persons. At pp. 200-201, he stated:

Approaching the question as one of principle, in my judgment there is no jurisdiction to make an unborn child a ward of court. Since an unborn child has, ex hypothesi, no existence independent of its mother, the only purpose of extending the jurisdiction to include a foetus is to enable the mother's actions to be controlled. Indeed, that is the purpose of the present application. In the articles already cited Lowe gives examples of how this might operate in practice (96 LQR 29 at 30):

'It would mean, for example, that the mother would be unable to leave the jurisdiction without the court's consent. The court being charged to protect the foetus' welfare would surely have to order the mother to

tence de tutelle est nécessairement et foncièrement incompatible avec les droits et le bien-être de la mère.

Le lord juge May a exposé quatre raisons pour lesquelles la compétence judiciaire ne doit être exercée qu'au bénéfice de l'enfant né. Premièrement, le foetus n'acquiert la personnalité juridique qu'à la naissance, de sorte que l'ordonnance serait contraire à ce principe: *Paton*, précité. Deuxièmement, l'application du principe selon lequel les intérêts de l'enfant doivent prévaloir donnerait lieu à un conflit entre les droits existants de la mère et ceux de l'enfant à naître. Troisièmement, l'exécution de toute ordonnance relative à l'enfant à naître imposée à la femme enceinte pourrait se heurter à des difficultés. Enfin, il a jugé qu'en vertu de la *Supreme Court Act 1981*, seul un «mineur» peut être placé sous la tutelle du tribunal et que, compte tenu de la *Family Law Reform Act 1969*, le «mineur» s'entend uniquement d'une personne, c'est-à-dire une personne qui est née.

Le lord juge Balcombe a également insisté sur l'incompatibilité entre la tutelle visant l'enfant à naître et la liberté de la femme enceinte. Il a signalé que (tout comme au Canada) les lois sur la santé mentale régissent l'internement d'une personne contre son gré et limitent les cas dans lesquels cette mesure peut être prise. Si la femme enceinte doit faire l'objet d'une surveillance au bénéfice de l'enfant à naître, le Parlement devrait légiférer en ce sens, comme il l'a fait à l'égard de la personne frappée d'incapacité mentale. Voici ce qu'il a dit aux pp. 200 et 201:

[TRADUCTION] Examinant la question sous l'angle des principes, il n'existe selon moi aucune compétence susceptible d'être exercée afin de placer l'enfant à naître sous la tutelle du tribunal. L'enfant à naître n'ayant, par hypothèse, aucune existence indépendante de sa mère, l'exercice de la compétence au bénéfice du foetus ne peut avoir que pour but de surveiller les faits et gestes de la femme enceinte. Tel est en effet l'objectif de la demande en l'espèce. Dans les articles cités précédemment, Lowe donne des exemples de ce qui pourrait en résulter dans les faits (96 LQR 29, à la p. 30):

Il s'ensuivrait, par exemple, que la femme enceinte ne pourrait quitter le ressort sans l'autorisation du tribunal. Ce dernier étant chargé d'assurer le bien-être du foetus, il devrait certainement ordonner à la mère de

stop smoking, imbibing alcohol and indeed any activity which might be hazardous to the child. Taking it to the extreme were the court to be faced with saving the baby's life or the mother's it would surely have to protect the baby's.'

Another possibility is that the court might be asked to order that the baby be delivered by Caesarian section: in this connection see Fortin 'Legal Protection for the Unborn Child' (1988) 51 MLR 54 at 81 and the US cases cited in note 16, in particular *Jefferson v Griffin Spalding County Hospital Authority* (1981) 274 SE 2d 457. Whilst I do not accept that the priorities mentioned in the last sentence of the passage cited above are necessarily correct, it would be intolerable to place a judge in the position of having to make such a decision without any guidance as to the principles on which his decision should be based. If the law is to be extended in this manner, so as to impose control over the mother of an unborn child, where such control may be necessary for the benefit of that child, then under our system of parliamentary democracy it is for Parliament to decide whether such controls can be imposed and, if so, subject to what limitations or conditions. Thus, under the Mental Health Act 1983, to which we were also referred, there are elaborate provisions to ensure that persons suffering from mental disorder or other similar conditions are not compulsorily admitted to hospital for assessment or treatment without proper safeguards: see ss 2, 3 and 4 of that Act. If Parliament were to think it appropriate that a pregnant woman should be subject to controls for the benefit of her unborn child, then doubtless it will stipulate the circumstances in which such controls may be applied and the safeguards appropriate for the mother's protection. In such a sensitive field, affecting as it does the liberty of the individual, it is not for the judiciary to extend the law.

54

Staughton L.J., in rejecting the authority's application, emphasized the inseparability of the fetus from the mother, citing the European Commission on Human Rights (at p. 201):

When the wardship jurisdiction of the High Court is exercised, the rights, duties and powers of the natural parents are taken over or superseded by the orders of the court. Until a child is delivered it is not, in my judgment, possible for that to happen. The court cannot care for a child, or order that others should do so, until the

cesser de fumer, de boire de l'alcool et d'exercer toute activité susceptible de faire courir un risque à l'enfant à naître. Dans le cas extrême où le tribunal serait appelé à choisir entre sauver la vie de l'enfant à naître ou celle de la mère, il aurait certainement l'obligation de préserver la première.

Une autre possibilité serait que l'on demande au tribunal d'ordonner que le bébé soit extrait du corps de la mère par césarienne: à ce sujet voir Fortin, «Legal Protection for the Unborn Child» (1988) 51 MLR 54, à la p. 81 et les décisions américaines citées à la note 16, notamment *Jefferson c Griffin Spalding County Hospital Authority* (1981) 274 SE 2d 457. Bien que je ne sois pas nécessairement d'accord avec les priorités évoquées à la dernière phrase de l'extrait précité, il serait inacceptable qu'un juge soit appelé à trancher un tel dilemme sans que les principes à appliquer pour rendre une décision n'aient été énoncés. S'il faut étendre l'application de la règle de droit de manière à soumettre la mère à une surveillance lorsque le bien-être de l'enfant l'exige, dans notre système de démocratie parlementaire, il appartient au Parlement de décider si une telle surveillance est opportune et, le cas échéant, de la délimiter ou de l'assortir de conditions. Ainsi, la Mental Health Act 1983, également citée, renferme des dispositions détaillées dont l'objet est de faire en sorte que la personne souffrant d'un trouble mental ou d'une autre pathologie semblable ne soit pas hospitalisée contre son gré pour une évaluation ou un traitement sans jouir de garanties suffisantes: voir les art. 2, 3 et 4 de cette loi. S'il jugeait opportun de soumettre la femme enceinte à une surveillance au bénéfice de l'enfant à naître, le Parlement préciserait sans aucun doute les circonstances dans lesquelles une telle mesure pourrait être prise et les garanties qui s'appliqueraient au bénéfice de la mère. Il n'appartient pas aux tribunaux d'étendre l'application des règles de droit relativement à une question aussi délicate et ayant une telle incidence sur la liberté individuelle.

À l'appui du rejet de la demande présentée par l'administration locale, le lord juge Staughton a souligné que le fœtus et la femme enceinte étaient indissociables et il a cité la Commission européenne des droits de l'homme (à la p. 201):

[TRADUCTION] Lorsqu'elle exerce sa compétence de tutelle, la Haute Cour est investie des droits, des obligations et des attributions des parents naturels, et ses ordonnances s'imposent. Cela ne peut se produire, à mon avis, avant l'accouchement. La cour ne peut prendre en charge l'enfant ni ordonner à quiconque de le

child is born; only the mother can. The orders sought by the local authority are not by their nature such as the court can make in caring for the child; they are orders which seek directly to control the life of both mother and child. As was said by the European Commission of Human Rights in *Paton v UK* (1980) 3 EHRR 408 at 415 (para 19): 'The "life" of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman.'

As the English Court of Appeal's reasons eloquently attest, the same problems encountered in relation to extending tort jurisdiction to the unborn, surface in relation to extending the *parens patriae* jurisdiction of the court. The law sees birth as the necessary condition of legal personhood. The pregnant woman and her unborn child are one. Finally, to make orders protecting fetuses would radically impinge on the fundamental liberties of the pregnant woman, both as to lifestyle choices and how and as to where she chooses to live and be.

It is argued that the *parens patriae* jurisdiction over children necessarily involves overriding the liberty of parents, and that there is nothing new in this. This argument overlooks the fact that the invasion of liberty involved in making court orders affecting the unborn child, is of a different order than the invasion of liberty involved in court orders relating to born children. The *parens patriae* power over born children permits the courts to override the liberty of the parents to make decisions on behalf of their children where a parental choice may result in harm to a child: *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315. The only liberty interest affected is the parent's interest in making decisions for his or her child. By contrast, extension of the *parens patriae* jurisdiction of the court to unborn children has the potential to affect a much broader range of liberty interests. The court cannot make decisions for the unborn child without inevitably making decisions for the mother herself. The intrusion is therefore far greater than simply limiting the mother's choices concerning

faire avant la naissance; seule la mère le peut. Les ordonnances que cherche à obtenir l'administration locale ne peuvent en raison de leur nature être rendues par la cour pour assurer le bien-être de l'enfant; elles visent directement à soumettre la vie de la mère et de l'enfant à naître à une surveillance. Comme le dit la Commission européenne des droits de l'homme dans *Paton c UK* (1980), 3 EHRR 408, à la p. 415 (par. 19): «La «vie» du fœtus est intimement liée à celle de la femme enceinte et ne peut être considérée séparément.»

Comme le font ressortir avec éloquence les motifs de la Cour d'appel d'Angleterre, l'extension de la compétence *parens patriae* soulève les mêmes problèmes que l'extension de l'application des règles du droit de la responsabilité délictuelle à la protection de l'enfant à naître. En droit, la naissance est une condition nécessaire à l'acquisition de la personnalité juridique. La femme enceinte et l'enfant à naître ne forment qu'une seule personne. Enfin, rendre une ordonnance visant à protéger le fœtus empiéterait radicalement sur les libertés fondamentales de la femme enceinte, tant en ce qui concerne le choix d'un mode de vie, que sa manière d'être et l'endroit où elle choisit de vivre.

L'appelant fait valoir que l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant implique nécessairement un empiètement sur la liberté des parents et que ceci n'a rien de nouveau. Il ne tient pas compte du fait que l'atteinte à la liberté qui est inhérente à l'ordonnance visant l'enfant à naître est d'une toute autre nature que celle qui découle de l'ordonnance judiciaire visant l'enfant né. La compétence *parens patriae* à l'égard de l'enfant né permet au tribunal d'empiéter sur le droit des parents de prendre des décisions pour le compte de leurs enfants lorsque l'exercice de cette faculté peut porter préjudice à ceux-ci: *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315. Le seul droit dont l'exercice est entravé est celui du parent de prendre des décisions relatives à son enfant. Par contre, l'exercice de la compétence *parens patriae* au bénéfice de l'enfant à naître est susceptible de porter atteinte à une gamme plus étendue de libertés. Le tribunal ne peut prendre une décision touchant l'enfant à naître sans que, inévitablement, cette décision ne lie la mère elle-même. L'empiètement est donc

55

56

her child. Any choice concerning her child inevitably affects her. For example, to sustain the order requested in the case at bar would interfere with the pregnant woman's ability to choose where to live and what medical treatment to undergo. The *parens patriae* jurisdiction has never been used to permit a court to make such decisions for competent women, whether pregnant or not. Such a change would not be an incremental change within *Watkins v. Olafson*, *supra*, but a generic change of major impact and consequence. It would seriously intrude on the rights of women. If anything is to be done, the legislature is in a much better position to weigh the competing interests and arrive at a solution that is principled and minimally intrusive to pregnant women.

57 I conclude that the law of *parens patriae* does not support the order for the detention of the respondent.

C. Constitutional Concerns

58 The parties did not put the constitutionality of the order in issue; although some interveners raised constitutional concerns. In view of my conclusion that the common law of tort and *parens patriae* provide no support for the order at issue, the question of the constitutionality of the order and the procedures which gave rise to it does not arise. Of course, in the event that the legislature chooses to address the problem, its legislation in substance and procedure would fall to be assessed against the provisions of the *Charter*.

IV. Conclusion

59 I conclude that the common law does not clothe the courts with power to order the detention of a pregnant woman for the purpose of preventing harm to her unborn child. Nor, given the magni-

beaucoup plus étendu et ne consiste pas uniquement à limiter les choix de la mère concernant l'enfant. Toute mesure visant l'enfant à naître touche inévitablement la mère. Par exemple, conclure au bien-fondé de l'ordonnance visée en l'espèce empêcherait la femme enceinte de choisir son milieu de vie et d'opter pour un traitement médical. La compétence *parens patriae* n'a jamais été invoquée pour permettre à un tribunal de prendre des décisions au nom d'une femme non atteinte d'une déficience mentale, qu'elle soit enceinte ou non. La modification préconisée ne ferait pas évoluer le droit de façon progressive au sens de l'arrêt *Watkins c. Olafson*, précité, car il s'agirait d'un changement de portée générale dont les effets et les répercussions seraient considérables. Elle empiéterait sérieusement sur les droits de la femme. Si une mesure doit être prise, le législateur est en bien meilleure position pour soupeser les intérêts opposés et arriver à une solution raisonnée qui porte le moins possible atteinte aux droits de la femme enceinte.

Je conclus que la compétence *parens patriae* ne peut être invoquée à l'appui de l'ordonnance de détention de l'intimée.

C. Questions d'ordre constitutionnel

Les parties n'ont pas soulevé l'inconstitutionnalité de l'ordonnance en cause bien que certains intervenants aient invoqué des questions constitutionnelles. Vu ma conclusion selon laquelle ni le droit de la responsabilité délictuelle sous le régime de la common law ni la compétence *parens patriae* ne fondent l'ordonnance visée en l'espèce, la question de la constitutionnalité de l'ordonnance et de la procédure qui a précédé son prononcé n'a pas à être tranchée. Évidemment, si le législateur décidait de légiférer en la matière, les dispositions substantielles et procédurales qu'il édicterait devraient être conformes à la *Charte*.

IV. Conclusion

Je conclus que la common law ne confère pas aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la détention d'une femme enceinte afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit causé à l'enfant qu'elle porte. Vu

tude of the changes and their potential ramifications, would it be appropriate for the courts to extend their power to make such an order. The changes to the law sought on this appeal are best left to the wisdom of the elected legislature. I would dismiss the appeal. The respondent is entitled to her costs on a party and party basis in this Court and in the courts below.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) — I respectfully disagree with the conclusion of McLachlin J. that an order detaining a pregnant woman addicted to glue sniffing for which she has rejected abortion and/or medical treatment and decided to carry her child to term, would require a change to the law which cannot be properly made other than by legislation.

To the extent that a change in the law in the circumstances of this case is required, the much admired flexibility of the common law has proven adaptable enough over centuries to meet exigent circumstances as they arise. That flexibility is surely needed in the appeal.

Under existing Canadian law the expectant respondent at her sole discretion could have chosen an abortion. Instead she chose to continue her pregnancy and to continue her glue sniffing which in the past had resulted in two serious and permanently handicapped children being born who are now permanent wards of the state.

There are three questions that arise in this appeal. What are the rights of the pregnant woman? Does the unborn foetus have independent rights? Does the state also have a separate right to intervene to prescribe proper medical treatment in the hope of achieving the birth of a healthy child as opposed to standing idly by and watching the birth of a permanently and seriously handicapped child

l'ampleur des modifications préconisées et leurs répercussions possibles, il n'est pas non plus opportun que les tribunaux étendent leur compétence et se reconnaissent le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Il est préférable de laisser aux élus le soin de décider s'il y a lieu de modifier les règles de droit comme le souhaite l'appelant. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. L'intimée a droit aux dépens entre parties dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis dans l'obligation d'exprimer mon désaccord avec la conclusion du juge McLachlin selon laquelle une ordonnance de détention visant une femme enceinte dépendante à l'égard de la colle, qui a refusé de se faire avorter ou de recevoir des soins médicaux et a décidé de mener sa grossesse à terme, nécessiterait des changements aux règles de droit qui ne peuvent être apportés que par une loi.

S'il fallait apporter des changements aux règles de droit en raison des circonstances de l'espèce, la common law, dont la souplesse soulève l'admiration, s'est avérée, au cours des siècles, assez flexible pour répondre aux situations urgentes au fur et à mesure qu'elles se sont présentées. Cette souplesse est certainement nécessaire dans le présent pourvoi.

En vertu du droit canadien actuel, l'intimée aurait pu choisir en toute liberté de se faire avorter. Elle a plutôt choisi de poursuivre sa grossesse et de continuer à inhaler de la colle, ce qui a déjà donné lieu à la naissance de deux enfants gravement et irrémédiablement handicapés qui sont maintenant placés sous la tutelle permanente de l'État.

Trois questions litigieuses ont été soulevées dans le présent pourvoi. Quels sont les droits de la femme enceinte? L'enfant à naître a-t-il des droits qui lui sont propres? L'État a-t-il un droit d'intervention distinct pour prescrire les soins médicaux requis dans l'espoir qu'il soit donné naissance à un enfant en santé, ou doit-il ne rien faire et assister à la naissance d'un enfant irrémédiablement et

60

61

62

63

who has no future other than as a permanent ward of the state?

64 The respondent, a young woman, was pregnant for the fourth time. She was addicted to the inhalation of solvent fumes over a long period. Two of her previous children were born permanently disabled as a result of her addiction and are permanent wards of the state.

65 The respondent, on becoming pregnant for the fourth time, made the decision not to have an abortion. She chose to remain pregnant, deliver the child, and continue her substance abuse.

66 In my opinion, the state has an enforceable interest in ensuring, to the extent practicable, the well-being of the unborn child and the appeal should be allowed.

67 Historically, it was thought that damage suffered by a foetus could only be assigned if the child was born alive. It was reasoned that it was only at that time that damages to the live child could be identified. The logic for that rule has disappeared with modern medical progress. Today by the use of ultrasound and other advanced techniques, the sex and health of a foetus can be determined and monitored from a short time after conception. The sophisticated surgical procedures performed on the foetus before birth further belies the need for the "born alive" principle.

I. Facts

A. *Of the Present Case*

68 The respondent mother D.F.G. first became a client of Winnipeg Child and Family Services ("C.F.S.") in December of 1990, at 16 years of age and pregnant with her first child. She was abusing solvents and had an unstable lifestyle. C.F.S. deemed D.F.G. "a child in need of protection" and placed her in a residential youth treatment facility. In March of 1991, following the birth of her child, she was placed in a residential facility specifically

gravement handicapé, dont le seul avenir est d'être placé sous sa tutelle permanente?

L'intimée, une jeune femme, était enceinte pour la quatrième fois. Elle avait une dépendance à l'égard des vapeurs de solvants depuis longtemps. Deux de ses enfants sont nés avec des handicaps permanents en raison de sa dépendance et ils sont placés sous la tutelle permanente de l'État.

Apprenant qu'elle était enceinte pour la quatrième fois, l'intimée a décidé de ne pas se faire avorter. Elle a choisi de mener sa grossesse à terme, de donner naissance à l'enfant et de continuer l'abus de substances intoxicantes.

À mon avis, l'État a le droit d'assurer dans la mesure du possible le bien-être de l'enfant à naître et j'accueillerais le pourvoi.

Historiquement, on considérait que le préjudice subi par le fœtus ne donnait ouverture à un droit d'action que si l'enfant naissait vivant. On croyait que ce n'était qu'à ce moment-là qu'il était possible de déterminer le préjudice subi par l'enfant. L'utilité de cette règle est disparue avec les progrès de la médecine moderne. De nos jours, l'échographie et d'autres techniques de pointe permettent de déterminer le sexe du fœtus et de suivre l'évolution de son état de santé peu de temps après la conception. Les interventions chirurgicales complexes pratiquées sur des fœtus avant la naissance contredisent également la nécessité du principe de la «naissance vivante».

I. Les faits

A. *L'espèce*

L'intimée D.F.G. a pour la première fois fait appel à l'Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (l'«Office») en décembre 1990; elle avait alors 16 ans et était enceinte de son premier enfant. Elle inhalait régulièrement des vapeurs de solvants et menait une vie instable. L'Office a jugé que D.F.G. était une «enfant ayant besoin de protection» et il l'a placée dans un établissement résidentiel de traitement pour jeunes.

planned to assist young mothers with the care of infants.

D.F.G. was unable to stabilize her lifestyle. C.F.S. obtained a permanent order of guardianship of the child in April of 1992. C.F.S. continued to offer services to D.F.G. to help her ongoing addiction problem and general instability. Social workers visited her regularly between June and August of 1992. On many occasions there was a strong smell of glue in her apartment and D.F.G. showed obvious signs of impairment.

D.F.G. was 18 years of age and still addicted to solvents when her second child was born permanently disabled on August 6, 1992. She consented to a permanent order of guardianship of this child in favour of C.F.S. on February 24, 1993.

D.F.G.'s third child was born on November 5, 1993. She was still using solvents and the baby was born jittery and showed symptoms of drug withdrawal. Again C.F.S. took custody of the child who was also permanently disabled.

D.F.G. met with C.F.S. social workers on December 8, 1993. She smelt of solvent and admitted to continuing her addictive use of them. C.F.S. received a permanent order of guardianship with respect to the third child in February 1994.

In addition to C.F.S., Winnipeg Social Services had a social worker assigned to work with D.F.G. This worker's affidavit evidence confirmed that from 1992 to date D.F.G. has been under the influence of solvents on many occasions. She stated that she had seen dried glue on D.F.G.'s face and had detected a strong odour of glue when visiting her at her home. As well D.F.G. had consistently refused all offers of treatment to deal with her addiction problem.

En mars 1991, suite à la naissance de son enfant, elle a été placée dans un établissement résidentiel conçu spécialement pour aider les jeunes mères à prendre soin de leurs nourrissons.

D.F.G. était incapable de stabiliser ses habitudes de vie. En avril 1992, l'Office a obtenu une ordonnance plaçant l'enfant sous sa tutelle permanente. L'Office a continué à fournir des services à D.F.G. pour l'aider à résoudre son problème de toxicomanie et d'instabilité générale. Des travailleurs sociaux lui ont régulièrement rendu visite entre juin et août 1992. À de nombreuses occasions, il y avait une forte odeur de colle dans l'appartement et D.F.G. montrait des signes évidents de déficience.

D.F.G. avait 18 ans et elle avait toujours une dépendance à l'égard des solvants quand son deuxième enfant est né, irrémédiablement handicapé, le 6 août 1992. Elle a consenti à ce qu'une ordonnance plaçant l'enfant sous la tutelle permanente de l'Office soit rendue, le 24 février 1993.

Le troisième enfant de D.F.G. est né le 5 novembre 1993. À l'époque, elle abusait toujours des solvants et le bébé était agité à la naissance et présentait des symptômes de sevrage de drogue. Encore une fois, l'Office a reçu la garde de l'enfant, lui aussi irrémédiablement handicapé.

D.F.G. a eu une entrevue avec des travailleurs sociaux de l'Office le 8 décembre 1993. Elle sentait les solvants et elle a admis qu'elle avait toujours une dépendance à leur égard. En février 1994, une ordonnance plaçait ce troisième enfant sous la tutelle permanente de l'Office.

Outre l'Office, les services sociaux de Winnipeg ont affecté une travailleuse sociale au cas de D.F.G. La déclaration sous serment de celle-ci a confirmé que, de 1992 à aujourd'hui, D.F.G. a été sous l'influence de solvants à de nombreuses occasions. Elle a déclaré avoir vu de la colle sèche sur le visage de D.F.G. et avoir décelé une forte odeur de colle lors des visites qu'elle a effectuées chez cette dernière. De surcroît, D.F.G. a refusé toutes les offres de traitement qui lui ont été faites pour l'aider à surmonter sa toxicomanie.

69

70

71

72

73

- 74 Developmental assessments performed on D.F.G.'s second and third children while in the custody of C.F.S. showed that both displayed signs of global developmental delay, a birth defect found in children exposed *in utero* to solvents.
- 75 On May 28, 1996, D.F.G. went to the hospital. She complained of extreme difficulty walking, loss of balance, weakness and nausea. She was thirteen and one half weeks pregnant with her fourth child. She had not received any prenatal care. D.F.G. was admitted to the Chemical Withdrawal Unit with a diagnosis of "solvent abuse with cerebellar disease and probable cognitive impairment". She was discharged from the hospital on June 6, 1996.
- 76 D.F.G. was again admitted to hospital on June 27, 1996. She had been brought to hospital by ambulance as she had lost her coordination due to glue sniffing.
- 77 After the last visit, the hospital advised C.F.S. that D.F.G. was pregnant and would deliver in December of 1996. A C.F.S. social worker met with D.F.G. at her home on July 18, 1996. D.F.G. said at that time that she would enter a residential treatment program for substance abuse. The worker returned to D.F.G.'s home on July 23, 1996 to facilitate her transport to the treatment facility. The worker's efforts were unsuccessful because when she arrived D.F.G. was obviously intoxicated, smelled strongly of solvent and refused to attend the treatment program.
- 78 On August 1, 1996, C.F.S. brought a motion before Schulman J. of the Manitoba Court of Queen's Bench for an order compelling D.F.G. to live at a place of safety and to refrain from consuming any intoxicating substance or drug. Schulman J. heard *viva voce* evidence from three witnesses and C.F.S. filed five other supporting affidavits.
- Il est ressorti d'évaluations du développement des deuxième et troisième enfants de D.F.G., faites alors qu'ils étaient sous la garde de l'Office, qu'ils souffraient tous les deux de retard de développement global, une déficience congénitale qu'on observe chez les enfants exposés à des solvants *in utero*.
- Le 28 mai 1996, D.F.G. s'est rendue à l'hôpital. Elle a dit qu'elle avait énormément de difficulté à marcher, perdait l'équilibre, se sentait faible et avait la nausée. Elle était enceinte d'un quatrième enfant depuis treize semaines et demie. Elle n'avait encore reçu aucun soin prénatal. Elle a été admise à l'unité de sevrage des produits chimiques, après que l'on eut diagnostiqué chez elle [TRADUCTION] «un abus de solvants accompagné de problèmes cérébelleux et de déficience cognitive probable». Elle a reçu son congé de l'hôpital le 6 juin 1996.
- D.F.G. a été admise de nouveau à l'hôpital le 27 juin 1996. Elle est arrivée à l'hôpital en ambulance parce qu'elle avait perdu sa coordination à cause de l'inhalation des vapeurs de colle.
- Après la dernière visite, l'hôpital a avisé l'Office que D.F.G. était enceinte et qu'elle accoucherait en décembre 1996. Une travailleuse sociale de l'Office a rencontré D.F.G., à la résidence de celle-ci, le 18 juillet 1996. D.F.G. lui a alors dit qu'elle suivrait un programme de traitement en établissement pour les toxicomanies. La travailleuse sociale s'est de nouveau rendue chez D.F.G. le 23 juillet 1996, pour faciliter son transport à l'établissement de traitement. Les efforts de la travailleuse sociale ont été vains, car à son arrivée, D.F.G. était manifestement intoxiquée, elle sentait fort le solvant et elle a refusé de suivre le programme de traitement.
- Le 1^{er} août 1996, l'Office a soumis une requête au juge Schulman de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à D.F.G. de vivre dans un endroit sûr et de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes ou de la drogue. Le juge Schulman a entendu la déposition de trois témoins et l'Office a présenté cinq affidavits à l'appui de la requête.

Ms. R., D.F.G.'s sister, testified that D.F.G. visited with her and stayed at her home from time to time. During the past six years D.F.G. had been sniffing solvents, and after having "sniffed up" she was dazed and smelt of solvent. Ms. R. testified about her concern for D.F.G.'s health. In her view, D.F.G. was getting worse, and could not resist glue sniffing. She was afraid that continued sniffing would kill her sister.

Another of D.F.G.'s sisters, Ms. F., gave evidence similar to that of Ms. R. She testified that D.F.G. had recently lost a lot of weight, and went days without eating. Ms. F. had recently seen D.F.G. in circumstances where she could hardly walk or talk.

Sheryl Ferguson, Co-ordinator of Family Services at St. Norbert Foundation, an alcohol and substance abuse treatment centre, testified that the St. Norbert Foundation was willing to take D.F.G. into its program immediately. She described the program, and its strong cultural content for aboriginals.

Dr. Laurie E. Hoeschen, the Medical Director of the Chemical Withdrawal Unit at the Health Sciences Centre in Winnipeg, testified by affidavit to the effects of glue sniffing on the abuser. She stated that substantial glue sniffing causes a multitude of acute effects such as nausea, vomiting, tremors, blurred vision, joint pain, chest pain, decreased level of consciousness, and seizures. The most severe effects are a progression to coma and respiratory or cardiac arrest, leading to death. Kidney, liver and bone marrow failure can also result from chronic use. The most important site of organ damage from glue sniffing is the brain. Substance abuse of the kind practised by D.F.G. could cause a decrease in her intellectual capacity. Dr. Hoeschen stated that there is considerable evidence that solvent abuse causes damage to the cerebellum, the part of the brain which controls motor coordination. The abuse could also cause peripheral neuropathy. The peripheral nerves which control the sensation and motor power in a person's arms

Madame R., la sœur de D.F.G., a témoigné que celle-ci lui rendait visite et demeurait chez elle, à l'occasion. Au cours des six dernières années, D.F.G. avait inhalé des solvants et, à chaque occasion, elle était abasourdie et sentait le solvant. Dans son témoignage, M^{me} R. a exprimé ses inquiétudes en ce qui concerne l'état de santé de D.F.G. À son avis, l'état de santé de D.F.G. se dégradait et celle-ci ne pouvait s'empêcher d'inhaler de la colle. Elle craignait que sa sœur ne meure si elle continuait à inhaler de la colle.

Le témoignage d'une autre sœur de D.F.G., M^{me} F., était semblable à celui de M^{me} R. Elle a témoigné que D.F.G. avait récemment perdu beaucoup de poids et qu'elle passait des journées entières sans manger. Madame F. avait récemment vu D.F.G. dans un état où elle pouvait à peine marcher ou parler.

Sheryl Ferguson, coordonnatrice des services à la famille à la St. Norbert Foundation, un centre de traitement pour alcooliques et toxicomanes, a témoigné que son organisme était prêt à intégrer immédiatement D.F.G. dans son programme. Elle a décrit le programme, mentionnant son important contenu culturel autochtone.

Le D^r Laurie E. Hoeschen, directrice médicale de l'unité de sevrage des produits chimiques du Centre des sciences de la santé de Winnipeg, a décrit, dans un affidavit, les effets de l'inhalation de la colle. Elle a dit que l'inhalation de quantités importantes de vapeurs de colle engendrait une multitude d'effets aigus tels la nausée, le vomissement, les tremblements, la vision floue, la douleur articulaire, la douleur thoracique, la diminution du niveau de conscience et les crises. Les effets les plus graves sont la progression vers le coma et l'arrêt respiratoire ou cardiaque, provoquant le décès. L'usage chronique peut également donner lieu à une insuffisance rénale, hépatique et médullaire. L'organe le plus touché par l'inhalation de colle est le cerveau. L'abus de substances intoxicantes comme celui de D.F.G. pouvait engendrer une diminution de ses facultés intellectuelles. Le D^r Hoeschen a dit qu'un nombre considérable d'études démontraient que l'abus de solvants causait des dommages au cervelet, la partie du cerveau

79

80

81

82

and legs can be damaged to the point where there is loss of sensation and generalized muscle weakness. Dr. Hoeschen further deposed that solvents take a long time to leave the body, particularly the brain. She stated that substance abuse causes considerable cognitive impairment, and it continues for some time after the abuse stops.

qui contrôle la coordination motrice. Il se pouvait également que l'inhalation de solvants engendre une neuropathie périphérique. Les nerfs périphériques qui contrôlent la sensation et la force motrice des bras et des jambes peuvent être endommagés au point d'engendrer une perte de sensation et une diminution généralisée de la force musculaire. Le Dr Hoeschen a également affirmé que l'élimination des solvants de l'organisme, et en particulier du cerveau, était très lente. Elle a dit que l'abus de substances intoxicantes engendrait une déficience cognitive considérable, qui se prolongeait pendant un certain temps après l'arrêt de la consommation.

83

Dr. Albert Chudley, Head of the Section of Genetics and Metabolism at the Health Sciences Centre and a Professor of the Department of Pediatrics and Child Health and the Department of Human Genetics, stated in his affidavit that organic solvents used by chronic sniffers are neurotoxic to the brain of the foetus. Children exposed *in utero* to such substances may exhibit central nervous system dysfunction, developmental delay, attention deficit disorder and microcephaly. Experimental studies have shown that chronic exposure to solvents can lead to retardation of fetal growth and development and to fetal death. Dr. Chudley testified that the critical period for the development of the central nervous system in humans is in the first 16 weeks after conception. The central nervous system is, however, sensitive to a variety of toxic exposures until birth. Dr. Chudley stated that any reduction of toxic exposure during pregnancy would reduce the central nervous system damage.

Le Dr Albert Chudley, chef du service de la génétique et du métabolisme au Centre des sciences de la santé et professeur au département de pédiatrie et de santé infantile ainsi qu'au département de génétique humaine, a dit dans son affidavit que les solvants organiques utilisés par les usagers à répétition étaient neurotoxiques pour le cerveau du fœtus. Les enfants exposés *in utero* à de telles substances peuvent souffrir de dysfonctionnement du système nerveux central, de retard de développement, de trouble déficitaire de l'attention et de microcéphalie. Des études expérimentales ont démontré que l'exposition chronique aux solvants pouvait provoquer un retard de croissance et de développement intra-utérins et la mort du fœtus. Le Dr Chudley a témoigné que la période critique de développement du système nerveux central chez l'être humain se situe au cours des 16 premières semaines suivant la conception. Le système nerveux central, cependant, est sensible à l'exposition à divers produits toxiques, et ce jusqu'à la naissance. Le Dr Chudley a dit que toute diminution de l'exposition à des produits toxiques pendant la grossesse atténuerait les dommages causés au système nerveux central.

84

Schulman J. granted C.F.S.'s motion, ordering that D.F.G. remain at a place of safety and refrain from the use of intoxicating substances until the birth of her child: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. No. 386 (QL). On August 6, 1996, D.F.G. entered the hospital so that her withdrawal

Le juge Schulman a accueilli la requête de l'Of-fice et il a enjoint à D.F.G. de demeurer dans un endroit sûr et de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes jusqu'à la naissance de son enfant: (1996), 111 Man. R. (2d) 219, 138 D.L.R. (4th) 238, [1996] 10 W.W.R. 95, [1996] M.J. n° 386 (QL). Le 6 août 1996, D.F.G. a été admise à

from solvents could be safely monitored. The order was stayed by Helper J.A. of the Manitoba Court of Appeal on August 8, 1996. However, D.F.G. chose to voluntarily continue treatment in the hospital, and remained there until she was discharged by her physician on August 14, 1996.

After her discharge, D.F.G. went to live with her sister, Ms. R. D.F.G.'s family and the child's father all agreed to provide support and encouragement in an effort to prevent D.F.G. from resuming solvent abuse. C.F.S. introduced a teaching homemaker to D.F.G. and arranged for a public health nurse to visit regularly. The teaching homemaker provided advice on parenting skills and encouragement in the hope that D.F.G. would remain drug free.

The appeal from Schulman J.'s order was heard by the Manitoba Court of Appeal on August 20, 1996 and allowed on September 12, 1996: (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. No. 398 (QL).

On December 6, 1996, D.F.G. delivered a baby boy who appeared to be physically healthy. She and her child were discharged from the hospital on December 18, 1996. Since that date 24-hour in-home support has been provided to assist her in parenting the child. The evidence, at the date of this hearing, was that D.F.G. no longer abused solvents.

B. *Additional Facts*

Several of the interveners submitted material on the prevalence of mental and physical disabilities in children as a result of substance abuse by their mothers while pregnant. Some of this evidence focused on the "crisis situation" in many aboriginal communities. The following is a brief summary:

l'hôpital afin que son sevrage puisse être effectué sous surveillance dans un environnement sûr. L'ordonnance a été suspendue par le juge Helper de la Cour d'appel du Manitoba le 8 août 1996. Cependant, D.F.G. a décidé de son plein gré de poursuivre le traitement à l'hôpital et elle y est demeurée jusqu'à ce qu'elle reçoive congé de son médecin, le 14 août 1996.

Après sa sortie de l'hôpital, D.F.G. a emménagé chez sa sœur, M^{me} R. Les membres de la famille de D.F.G. et le père de l'enfant ont tous convenu d'appuyer et d'encourager cette dernière pour l'aider à ne pas recommencer à inhaler des solvants. L'Office a présenté un éducateur en enseignement ménager à D.F.G. et pris des dispositions pour qu'une infirmière de santé publique lui rende périodiquement visite. L'éducateur en enseignement ménager lui a prodigué des conseils sur son rôle parental et l'a encouragée, dans l'espoir qu'elle ne reprenne plus de drogue.

L'appel de l'ordonnance du juge Schulman a été entendu par la Cour d'appel du Manitoba le 20 août 1996 et a été accueilli le 12 septembre 1996: (1996), 113 Man. R. (2d) 3, 131 W.A.C. 3, 138 D.L.R. (4th) 254, [1996] 10 W.W.R. 111, [1996] M.J. n° 398 (QL).

Le 6 décembre 1996, D.F.G. a donné naissance à un garçon qui paraissait en bonne santé physique. D.F.G. et son enfant ont reçu leur congé de l'hôpital le 18 décembre 1996. Depuis ce jour-là, elle bénéficie, jour et nuit, d'un soutien à domicile pour l'aider à prendre soin de l'enfant. Il ressort de la preuve, en date de l'audition du présent pourvoi, que D.F.G. n'inhale plus de solvants.

B. *Faits supplémentaires*

Plusieurs des intervenants ont déposé des documents concernant la prévalence des incapacités mentales et physiques parmi les enfants dont la mère consommait des substances intoxicantes pendant sa grossesse. Certains de ces documents portaient principalement sur la «situation de crise» qui règne dans plusieurs collectivités autochtones. En voici un bref résumé:

(i) There is clear and overwhelming evidence that abuse of substances (alcohol, solvents, gasoline, etc.) by pregnant women can lead to fetal alcohol syndrome ("FAS") or fetal alcohol effects ("FAE"). Moffatt et al. in *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community* (November 1996 (the "Moffatt Report")), comment, at p. 4, that:

Children of women who drink heavily during pregnancy are at risk for a cluster of anomalies which include central nervous system dysfunction leading to developmental and cognitive impairment, growth deficiency and minor facial anomalies as well as a host of associated major and minor anomalies of many different systems. . . .

The tragedy of the lives of FAS children is all too well documented in the popular book "The Broken Cord" by Dorris. They have learning problems and difficulty with ordinary social relationships. They have special problems anticipating the consequences of their actions. They frequently have poor concentration and hyperactive behaviour. . . . [T]he most consistent cognitive defect is in the area of mathematical skills, but complex reasoning and visual memory are also commonly affected. . . . Their personalities often lead them into situations where they are exploited sexually and in other ways.

(ii) The Manitoba Children and Youth Secretariat in *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth* (March 1997), describes FAS, at p. 15, as "the leading preventable cause of mental disability in the western world". It continues, at p. 21:

It is estimated that worldwide, 2 of every 1,000 babies born are affected by FAS. Though there are no accurate figures for the incidence of FAS/FAE [fetal alcohol effects] in Manitoba. The estimate is anywhere from 2 to forty per 1,000 live births, with the

(i) Une preuve abondante démontre clairement que l'abus de substances intoxicantes (alcool, solvants, essence, etc.) par des femmes enceintes peut engendrer le syndrome d'alcoolisme fœtal («le SAF») ou les effets de l'alcool sur le fœtus («les EAF»). Les auteurs Moffatt et autres, dans leur ouvrage *Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community* (novembre 1996 («le rapport Moffatt»)), font remarquer, à la p. 4, que:

[TRADUCTION] Les enfants de femmes qui boivent beaucoup pendant la grossesse courent le risque de souffrir de toute une gamme d'anomalies, dont la dysfonction du système nerveux central, qui engendre un retard de développement et une déficience cognitive, le retard de croissance et des anomalies faciales légères, de même que toute une série d'anomalies connexes importantes et légères qui touchent plusieurs systèmes différents . . .

Le drame des enfants souffrant du SAF n'est que trop bien décrit dans l'ouvrage populaire de Dorris intitulé «The Broken Cord». Ces enfants ont des problèmes d'apprentissage et de la difficulté à entretenir des relations sociales normales. Ils éprouvent des difficultés particulières à anticiper les conséquences de leurs actes. Ils ont souvent du mal à se concentrer et ont un comportement hyperactif [. . .] Le déficit cognitif dont ils souffrent le plus souvent se situe au niveau des mathématiques, mais il n'est pas rare que leur faculté de faire des raisonnements complexes et leur mémoire visuelle soient également touchées [. . .] En raison de leur personnalité, ils se retrouvent souvent dans des situations où ils font l'objet de diverses formes d'exploitation, dont l'exploitation sexuelle.

(ii) Le Manitoba Children and Youth Secretariat, dans *Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth* (mars 1997), qualifie le SAF, à la p. 15, de [TRADUCTION] «cause évitable principale d'incapacité mentale en Occident». Il poursuit, à la p. 21:

[TRADUCTION] On estime qu'à l'échelle mondiale, deux nouveaux-nés sur 1 000 souffrent du SAF. Cependant, il n'existe pas de données précises en ce qui concerne l'incidence du SAF-EAF [effets de l'alcool sur le fœtus] au Manitoba. Les évaluations

highest incidence being among First Nations children, where as many as 20% may be affected.

See also *Joint Statement: Prevention of Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE) in Canada* (October 1996), at p. 4; and, *Foetal Alcohol Syndrome: A Preventable Tragedy*, Report of the Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women (June 1992), at p. 2. While most of the available studies on substance abuse during pregnancy relate to alcohol abuse, the evidence is that compounds in other substances, such as the solvents to which the respondent was addicted, are known to be neurotoxic to both the adult and fetal brain.

- (iii) In addition to the direct health implications that substance abuse has on the body and mind of the foetus, there are many secondary disabilities associated with children born suffering from their mother's abuse. The University of Washington School of Medicine has documented these secondary disabilities during a recent study of 473 clients with FAS/FAE: A. Streissguth et al., *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)* (August 1996). They found that over 90 percent of the clients studied had mental health problems; 60 percent of those 12 years or older had been suspended or expelled from school or had dropped out of school; 60 percent of those 12 or over had been in trouble with the law; 50 percent of those 12 or over had been in "confinement", that is, for mental health or alcohol problems or as incarceration for a crime; 50 percent of those 12 or over had exhibited inappropriate sexual behaviour; and 30 percent of those 12 or over had alcohol or drug problems. Another significant finding of the study is that only 7 of the 90 adults (age 21 or over) were able to live independently and

varient de 2 à 40 pour 1 000 naissances vivantes et ce sont les enfants autochtones qui présentent le plus haut taux d'incidence, car il se peut que jusqu'à 20 % d'entre eux en souffrent.

Voir également *Déclaration conjointe: Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada* (octobre 1996), à la p. 4; et *Syndrome d'alcoolisme fœtal: une tragédie évitable*, Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine (juin 1992), à la p. 2. Bien que la plupart des études publiées sur l'abus de substances intoxicantes pendant la grossesse portent sur la consommation excessive d'alcool, il a été établi que les composés d'autres substances tels les solvants à l'égard desquels l'intimée était dépendante, étaient neurotoxiques tant pour le cerveau de l'adulte que celui du fœtus.

- (iii) S'ajoutent aux répercussions directes de l'abus de substances intoxicantes sur la santé physique et mentale du fœtus, les nombreuses incapacités secondaires constatées chez les enfants qui souffrent à la naissance de l'intoxication de leur mère. L'École de médecine de l'université de Washington a documenté ces incapacités secondaires dans une étude récente menée auprès de 473 personnes ayant souffert du SAF et d'EAF: A. Streissguth et autres, *Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)* (août 1996). On a conclu que plus de 90 pour 100 des personnes examinées souffraient de troubles mentaux; 60 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont été temporairement exclues ou renvoyées de l'école ou bien ont abandonné leurs études; 60 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont eu des démêlés avec la justice; 50 pour cent des personnes âgées de 12 ans ou plus ont été «internées» en raison de troubles mentaux, de problèmes d'alcool ou à titre d'emprisonnement pour avoir commis un acte criminel; 50 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus ont déjà eu un comportement

were without employment problems. It goes without saying that the tragedy of FAS/FAE is felt not just by its immediate victims, but is also born by society as a whole.

- (iv) The tragedy of FAS and FAE is particularly felt in aboriginal communities. The Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee responded to the Moffatt Report in part by stating that:

There is documented confirmation that the FAS/E rates on Reserve — 17 in 179 . . . are disturbingly higher than the provincial average of 1 in 600. . . . The information is telling use [*sic*] there is a crisis for these children and their families. There is no indication the rate will slow down.

The Royal Commission on Aboriginal Peoples recorded the following testimony, in vol. 3, *Gathering Strength* (1996), at pp. 132-33:

Children with FAS or FAE are often difficult babies, especially if they are withdrawing from the alcohol that surrounded them in the (womb). If the mothers are still actively abusing alcohol, these children are often subject to attachment breaks, abuse, and/or neglect, and they often become involved with the child welfare system as foster or adopted children.

. . .

They are hard to care for, their disability is not understood, there are many peer and social pressures, no skills to fall back on. . . . Currently we believe many adults (who were born) with FAS/FAE are either on the street or in jail.

sexuel déviant; et 30 pour 100 des personnes âgées de 12 ans ou plus souffraient de problèmes d'alcool ou de drogue. Une autre importante conclusion de l'étude est que seulement 7 des 90 adultes (les personnes âgées de 21 ans ou plus) examinés étaient en mesure de vivre de façon indépendante et n'avaient pas de problèmes d'emploi. Il va sans dire que l'effet tragique du SAF et des EAF se fait sentir non seulement parmi ses victimes immédiates, mais également dans l'ensemble de la société.

- (iv) L'effet tragique du SAF et des EAF se fait particulièrement sentir au sein des collectivités autochtones. Le Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee a répondu en partie au rapport Moffatt en déclarant ce qui suit:

[TRADUCTION] Des documents confirment que les taux de SAF et des EAF dans la réserve, soit 17 cas sur 179 [. . .] excèdent de manière inquiétante la moyenne provinciale qui s'établit à 1 cas sur 600 [. . .] Cette information nous permet de constater que ces enfants et familles vivent une situation de crise. Or, rien ne laisse présager une diminution de ces taux.

La Commission royale sur les peuples autochtones a entendu les témoignages suivants, reproduits dans le volume 3 de son rapport intitulé *Vers un ressourcement* (1996), à la p. 149:

[TRADUCTION] Les enfants qui souffrent du SAF ou de l'EAF sont souvent des bébés difficiles, en particulier lorsqu'ils commencent à être privés de l'alcool dans lequel ils baignaient dans le ventre de leur mère. Souvent, si leur mère continue de boire de façon excessive, ils deviennent victimes de rejet, de violence ou de négligence, et ils sont alors pris en charge par le système de protection de l'enfance et placés dans des familles d'accueil ou d'adoption.

. . .

[TRADUCTION] Ils sont difficiles à soigner, leur incapacité n'est pas comprise, ils sont soumis à de nombreuses pressions de leurs pairs et de la société, ils n'ont aucune compétence sur laquelle compter. [. . .] Nous croyons qu'actuellement, beaucoup d'adultes souffrant du SAF-EAF sont dans la rue ou derrière les barreaux.

The Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee urged “strategies to intervene and prevent FAS/E”.

- (v) The interveners Southeast Child and Family Services and West Region Child and Family Services are aboriginal child and family service agencies responsible for delivering services to 18 First Nation communities in Manitoba. These parties intervened, in part, to urge upon this Court the creation of a legal remedy to use in their fight against FAS/FAE. These interveners submitted that such a remedy would be consistent with the aboriginal world view, and that the common law should be expanded to help alleviate what is particularly an aboriginal problem.

II. Judgments Below

The trial judge ordered the respondent detained for treatment first as she was suffering from a medical disorder within the meaning of the Manitoba *Mental Health Act*, R.S.M. 1987, c. M110, and second on the court's *parens patriae* power that permits it to act in place of the parent for the protection of the child.

The Manitoba Court of Appeal reversed the trial judge for the reasons carefully summarized in the reasons of McLachlin J.

III. Analysis

A. *Introduction*

The law of this country is consistent with the grant of a remedy in this case. The *parens patriae* jurisdiction of the superior courts is of undefined and undefinable breadth. This Court's decision in *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388, indicates that inherent power resides in the provincial superior courts to act on behalf of those who cannot act to protect themselves. A foetus suffering from its

Le Manitoba Tribal Council NADAP Coordinators and Treatment Directors Committee a réclamé [TRADUCTION] «des stratégies d'intervention et de prévention du SAF et des EAF».

- (v) Les intervenants, Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services, fournissent des services aux enfants et familles de 18 collectivités autochtones du Manitoba. Ils sont intervenus en partie pour demander à notre Cour de créer un recours en justice dont ils pourraient se servir dans la lutte qu'ils mènent contre le SAF et les EAF. Ces intervenants ont soutenu qu'un tel recours serait compatible avec la vision du monde des autochtones et qu'il y avait lieu de faire évoluer la common law afin de favoriser la résolution d'un problème qui concerne particulièrement les autochtones.

II. Les jugements des instances inférieures

Le juge du procès a ordonné que l'intimée soit détenue afin de subir un traitement étant donné premièrement qu'elle souffrait de troubles visés par la *Loi sur la santé mentale*, R.S.M. 1987, ch. M110, du Manitoba et deuxièmement que la compétence *parens patriae* de la cour l'autorisait à agir à la place du père ou de la mère pour protéger l'enfant.

La Cour d'appel du Manitoba a annulé l'ordonnance du juge du procès pour des motifs que le juge McLachlin a soigneusement résumés dans ses motifs.

III. Analyse

A. *Introduction*

La loi en vigueur au pays est compatible avec l'octroi d'une réparation en l'espèce. La portée de la compétence *parens patriae* des cours supérieures est indéfinie et indéfinissable. Il ressort de l'arrêt de notre Cour *E. (M^{me}) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, que les cours supérieures des provinces ont le pouvoir inhérent d'agir pour le compte de ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-

89

90

91

mother's abusive behaviour is particularly within this class and deserves protection.

92 It has been submitted, however, that a foetus acquires no actionable rights in our law until it is born alive. In my view, the "born alive" rule, as it is known, is a common law evidentiary presumption rooted in rudimentary medical knowledge that has long since been overtaken by modern science and should be set aside for purpose of this appeal.

93 This means that a superior court, on proper motion, should be able to exercise its *parens patriae* jurisdiction to restrain a mother's conduct when there is a reasonable probability of that conduct causing serious and irreparable harm to the foetus within her. While the granting of this type of remedy may interfere with the mother's liberty interests, in my view, those interests must bend when faced with a situation where devastating harm and a life of suffering can so easily be prevented. In any event, this interference is always subject to the mother's right to end it by deciding to have an abortion.

94 The arguments against state intervention are that it improperly interferes with the rights of the mother, that there are innumerable hazards to safe pregnancies, and that the state should not impose health standards on adults without consent. Those arguments are answerable.

95 Once the mother decides to bear the child the state has an interest in trying to ensure the child's health. What circumstances permit state intervention? The "slippery slope" argument was raised that permitting state intervention here would impose a standard of behaviour on all pregnant women. Questions were raised about women who smoked, who lived with a smoker, who ate unhealthy diets, etc. In response to the query of where a reasonable line should be drawn it was

mêmes. Or, le fœtus qui souffre en raison du comportement abusif de sa mère fait précisément partie de cette catégorie et il mérite cette protection.

Il a été soutenu, cependant, que dans notre système juridique, le fœtus n'acquiert aucun droit d'action avant la naissance vivante de l'enfant. À mon avis, le principe de la «naissance vivante», comme on l'appelle, est une présomption de common law en matière de preuve qui tire son origine de connaissances médicales rudimentaires dépassées depuis longtemps grâce à l'avènement de la science moderne et qui devrait être écartée pour les fins du présent pourvoi.

Cela signifie qu'une cour supérieure saisie d'une requête à cet effet, devrait pouvoir exercer sa compétence *parens patriae* pour empêcher la mère de se livrer à certaines activités lorsqu'il existe une probabilité raisonnable que son comportement cause un préjudice grave et irréparable au fœtus qu'elle porte. Bien que l'octroi d'une telle réparation puisse porter atteinte au droit à la liberté de la mère, à mon avis, ce droit doit fléchir dans un cas où il est si facile de prévenir un préjudice dévastateur et toute une vie de souffrances. De toute façon, une telle atteinte est toujours assujettie au droit de la mère de décider de mettre fin à sa grossesse en se faisant avorter.

Les arguments défavorables à l'intervention de l'État sont qu'une telle intervention porte indûment atteinte aux droits de la mère, que d'innombrables risques empêchent les femmes d'avoir des grossesses sûres et que l'État ne devrait pas imposer de normes de santé à des adultes sans leur consentement. Il est possible de répondre à ses arguments.

Une fois que la mère a décidé de porter l'enfant, l'État a le droit d'essayer d'assurer la santé de ce dernier. Dans quelles circonstances l'État peut-il intervenir? L'on a fait valoir l'argument dit «doigt dans l'engrenage» selon lequel le fait de permettre à l'État d'intervenir en l'espèce imposerait une norme de comportement à toutes les femmes enceintes. Des questions ont été soulevées à propos des femmes qui fument, de celles qui vivent avec des fumeurs, de celles qui ont une alimentation

submitted that the pen should not even be lifted. This approach would entail the state to stand idly by while a reckless and/or addicted mother inflicts serious and permanent harm on to a child she had decided to bring into the world.

There can be no general formula and each case must be decided on its own facts. However, as a minimum to justify intervention the following thresholds have to be met:

- (1) The woman must have decided to carry the child to term.
- (2) Proof must be presented to a civil standard that the abusive activity will cause serious and irreparable harm to the foetus.
- (3) The remedy must be the least intrusive option.
- (4) The process must be procedurally fair.

These points are expanded below.

B. *Breadth of Parens Patriae Jurisdiction*

The order made by Schulman J. was within the court's inherent jurisdiction in wardship matters, a subset of the *parens patriae* jurisdiction.

In *Eve, supra*, this Court faced a different issue, a mother's request for a court order authorizing the sterilization of her mentally incompetent daughter. In determining this question La Forest J. examined the history and scope of the *parens patriae* jurisdiction. His reasons explain the undefined and undefinable breadth of the power of the court in this area. He approved of *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078, a case that held the inherent jurisdiction over children extended "as far as is necessary for protection and education" (p. 1083), and stated, at p. 411 that:

malsaine, etc. En réponse à la question de savoir quelle limite raisonnable il faudrait fixer, on a soutenu qu'il ne fallait même pas tenter de le faire. Un tel point de vue signifierait que l'État demeure passif pendant qu'une mère insouciant ou toxicomane inflige un préjudice grave et permanent à l'enfant auquel elle a décidé de donner naissance.

Il ne peut y avoir de formule générale et chaque cas est un cas d'espèce. Cependant, il doit être satisfait aux conditions préliminaires suivantes pour qu'une intervention soit justifiée:

- (1) La femme doit avoir décidé de mener la grossesse à terme.
- (2) Il doit être établi, selon la norme de preuve applicable au civil, que l'abus causera un préjudice grave et irréparable au fœtus.
- (3) La réparation accordée doit être la moins attentatoire possible.
- (4) Le processus doit respecter l'équité procédurale.

Ces éléments sont développés plus loin.

B. *Portée de la compétence parens patriae*

L'ordonnance rendue par le juge Schulman relevait de la compétence inhérente de la cour en matière de tutelle, une composante de la compétence *parens patriae*.

Dans *Eve*, précité, notre Cour était saisie d'une question différente, car une mère demandait une ordonnance judiciaire autorisant la stérilisation de sa fille qui était atteinte d'incapacité mentale. Pour trancher cette question, le juge La Forest a examiné l'évolution et la portée de la compétence *parens patriae*. Dans ses motifs, il a expliqué la portée indéfinie et indéfinissable du pouvoir des tribunaux dans ce domaine. Il a étayé ses motifs en citant l'arrêt *Wellesley c. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078, selon lequel la compétence inhérente à l'égard des enfants s'étendait [TRADUCTION] «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation» (p. 1083) et il a dit, à la p. 411:

96

97

98

It continues to this day, and even where there is legislation in the area, the courts will continue to use the *parens patriae* jurisdiction to deal with unanticipated situations where it appears necessary to do so for the protection of those who fall within its ambit; see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716.

It was argued before us, however, that there was no precedent where the Lord Chancellor had exercised the *parens patriae* jurisdiction to order medical procedures of any kind. As to this, I would say that lack of precedent in earlier times is scarcely surprising having regard to the state of medical science at the time. Nonetheless, it seems clear from *Wellesley v. Wellesley*, *supra*, that the situations in which the courts can act where it is necessary to do so for the protection of mental incompetents and children have never been, and indeed cannot, be defined. I have already referred to the remarks of Lord Redesdale. To these may be added those of Lord Manners who, at Bli. pp. 142-43, and 1085, respectively, expressed the view that "It is . . . impossible to say what are the limits of that jurisdiction; every case must depend upon its own circumstances".

99

La Forest J. noted the comments of both the motions judge and Lord Denning, M.R., in the Court of Appeal in the case of *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697. Their discussion of the *parens patriae* jurisdiction in wardship matters is particularly lucid. Latey J., the motions judge, characterized the jurisdiction as follows (at p. 699):

On the first of the two questions already stated, it is argued for the defendants, first, that because the wardship jurisdiction has never been involved in any case remotely resembling this, the court, though theoretically having jurisdiction, should not entertain the application, but bar it in limine. I do not accept that contention. It is true that this jurisdiction has not been invoked in any such circumstances. I do not know whether they have arisen before or, if they have, whether anyone has thought of having recourse to this jurisdiction. But I can find nothing in the authorities to which I have been referred by counsel or in my own researches to suggest that there is any limitation in the theoretical scope of this jurisdiction; or, to put it another way, that the jurisdiction can only be invoked in the categories of cases in which it has hitherto been invoked, such as custody, care and control, protection of property, health

Elle s'applique encore aujourd'hui et même lorsqu'il existe un texte législatif dans le domaine, les tribunaux continueront à utiliser la compétence *parens patriae* pour traiter des situations non visées lorsqu'il paraît nécessaire de le faire pour protéger ceux qui relèvent de sa portée; voir *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716.

Toutefois, on a soutenu devant nous, qu'il n'y avait aucun précédent où le lord chancelier avait exercé la compétence *parens patriae* pour ordonner quelques genres de soins médicaux que ce soit. En ce qui concerne cet argument, il convient de dire que l'absence de jurisprudence n'est pas surprenante compte tenu de l'état de la médecine à ce moment-là. Néanmoins, il ressort clairement de l'arrêt *Wellesley v. Wellesley*, précité, que les situations dans lesquelles les tribunaux peuvent agir lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger les personnes atteintes de déficience mentale et les enfants n'ont jamais été définies et en fait ne peuvent l'être. J'ai déjà mentionné les remarques de lord Redesdale. On peut y ajouter celle de lord Manners qui, à Bli. aux pp. 142, 143 et E.R. 1085, a exprimé l'opinion que [TRADUCTION] «Il est . . . impossible de dire quelles sont les limites de cette compétence; chaque cas est un cas d'espèce».

Le juge La Forest a souligné les commentaires du juge des requêtes et ceux du maître des rôles, lord Denning, en Cour d'appel, dans l'affaire *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697. Leur analyse de la compétence *parens patriae* en matière de tutelle est particulièrement éclairante. Le juge Latey, juge des requêtes, a qualifié la compétence de la manière suivante (à la p. 699):

[TRADUCTION] À l'égard de la première des deux questions déjà énoncées, les défendeurs soutiennent d'abord que, parce que la compétence en matière de tutelle n'a jamais été mise en cause dans une affaire qui ressemble de loin à l'espèce, la cour, bien qu'étant théoriquement compétente, ne devrait pas entendre la demande mais la refuser dès le départ. Je n'accepte pas cet argument. Il est vrai que cette compétence n'a pas été invoquée dans de telles circonstances. Je ne sais pas si elles se sont déjà présentées ou, si cela a été le cas, si on n'a pas pensé à avoir recours à cette compétence. Toutefois, je ne trouve rien dans la jurisprudence que m'a mentionnée l'avocat ou dans le fruit de mes propres recherches qui laisse entendre qu'il existe une limite à la portée théorique de cette compétence; ou, pour le dire autrement, que la compétence ne peut être invoquée que dans les catégories d'affaires dans lesquelles elle a été

problems, religious upbringing, and protection against harmful associations. That list is not exhaustive. On the contrary, the powers of the court in this particular jurisdiction have always been described as being of the widest nature. That the courts are available to protect children from injury whenever they properly can is no modern development.

Latey J. restated the proposition that an order under *parens patriae* could also be made to forestall anticipated harm. He relied upon *Chambers of Infancy* (1842), at p. 20:

And the Court will interfere not merely on the ground of an injury actually done, or attempted against the infant's person or property; but also if there be any likelihood of such an occurrence, or even an apprehension or suspicion of it.

Lord Denning, in the Court of Appeal's decision in the same case, agreed with Latey J.'s statement of the law, at p. 703:

No limit has ever been set to the jurisdiction. It has been said to extend 'as far as necessary for protection and education': see *Wellesley v Wellesley* by Lord Redesdale. The court has power to protect the ward from any interference with his or her welfare, direct or indirect.

La Forest J. adopted these statements of the law, and considered in some detail the case law surrounding the imposition of medical treatment, particularly the forced sterilization of mental incompetents, under the *parens patriae* jurisdiction. In summarizing his opinion on the *parens patriae* jurisdiction he stated, at pp. 425-27:

From the earliest time, the sovereign, as *parens patriae*, was vested with the care of the mentally incompetent. This right and duty, as Lord Eldon noted in *Wellesley v. Duke of Beaufort*, *supra* at 2 Russ., at p. 20, 38 E.R., at p. 243 is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of persons who are not able to take care of themselves. In early England, the *parens patriae* jurisdiction was confined to mental incompetents, but its *rationale* is obviously applicable

invoquée jusqu'ici, comme la garde, le contrôle, la protection des biens, les problèmes de santé, l'éducation religieuse et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste n'est pas exhaustive. Au contraire, les pouvoirs de la cour à l'égard de cette compétence particulière ont toujours été décrits comme étant de la nature la plus large. Le fait que les tribunaux puissent protéger les enfants contre des préjudices chaque fois qu'ils le peuvent n'est pas une évolution moderne.

Le juge Latey a répété la proposition selon laquelle une ordonnance fondée sur la compétence *parens patriae* pouvait également être rendue pour prévenir un préjudice anticipé. Il s'est appuyé sur l'ouvrage *Chambers of Infancy* (1842), à la p. 20:

[TRADUCTION] Et la Cour n'interviendra pas seulement dans le cas d'un préjudice effectivement causé à la personne ou aux biens du mineur ou en cas de tentative; mais également s'il y a une probabilité qu'une telle chose se produise ou même une crainte ou des soupçons qu'elle se produise.

Lord Denning, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans cette affaire, a souscrit à l'énoncé du droit formulé par le juge Latey, à la p. 703:

[TRADUCTION] Aucune limite n'a jamais été établie à l'égard de la compétence. On a dit qu'elle s'étendait «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation»: voir *Wellesley c Wellesley*, lord Redesdale. La cour a le pouvoir de protéger le pupille contre toute ingérence à l'égard de son bien-être, directe ou indirecte.

Le juge La Forest a repris ces énoncés de droit et a examiné de façon assez approfondie la jurisprudence concernant l'obligation de se soumettre à un traitement médical, en particulier la stérilisation forcée des personnes atteintes d'incapacité mentale en vertu de la compétence *parens patriae*. En résumant son opinion au sujet de la compétence *parens patriae*, il a dit, aux pp. 425 à 427:

Depuis très longtemps, le souverain, à titre de *parens patriae*, est chargé de prendre soin des déficients mentaux. Ce droit et ce devoir, comme lord Eldon l'a souligné dans *Wellesley v. Duke of Beaufort*, précité à 2 Russ., à la p. 20, 38 E.R., à la p. 243, sont fondés sur la nécessité évidente qu'en droit quelqu'un doit avoir soin des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-mêmes. Au début de l'histoire de l'Angleterre, la compétence *parens patriae* visait uniquement les défi-

to children and, following the transfer of that jurisdiction to the Lord Chancellor in the seventeenth century, he extended it to children under wardship, and it is in this context that the bulk of the modern cases on the subject arise. The *parens patriae* jurisdiction was later vested in the provincial superior courts of this country, and in particular, those of Prince Edward Island.

The *parens patriae* jurisdiction is, as I have said, founded on necessity, namely the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The courts have frequently stated that it is to be exercised in the "best interest" of the protected person, or again, for his or her "benefit" or "welfare".

The situations under which it can be exercised are legion; the jurisdiction cannot be defined in that sense. As Lord MacDermott put it in *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, at p. 703, the authorities are not consistent and there are many twists and turns, but they have inexorably "moved towards a broader discretion, under the impact of changing social conditions and the weight of opinion. . . ." In other words, the categories under which the jurisdiction can be exercised are never closed. Thus I agree with Latey J. in *Re X*, *supra*, at p. 699, that the jurisdiction is of a very broad nature, and that it can be invoked in such matters as custody, protection of property, health problems, religious upbringing and protection against harmful associations. This list, as he notes, is not exhaustive.

What is more, as the passage from *Chambers* cited by Latey J. underlines, a court may act not only on the ground that injury to person or property has occurred, but also on the ground that such injury is apprehended. I might add that the jurisdiction is a carefully guarded one. The courts will not readily assume that it has been removed by legislation where a necessity arises to protect a person who cannot protect himself.

I have no doubt that the jurisdiction may be used to authorize the performance of a surgical operation that is necessary to the health of a person, as indeed it already has been in Great Britain and this country. And by health, I mean mental as well as physical health. In the United States, the courts have used the *parens patriae* jurisdiction on behalf of a mentally incompetent to authorize chemotherapy and amputation, and I have lit-

cients mentaux, mais de toute évidence son raisonnement s'applique aux enfants et, par suite du transfert de ce pouvoir au lord chancelier au XVII^e siècle, il a visé les enfants sous tutelle et c'est dans ce contexte que sont soulevées la majorité des affaires modernes. La compétence *parens patriae* a plus tard été attribuée aux cours supérieures des provinces de ce pays, et en particulier, à celle de l'Île-du-Prince-Édouard.

La compétence *parens patriae* est, comme je l'ai dit, fondée sur la nécessité, c.-à-d. le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu'elle devait être exercée dans «l'intérêt» de la personne protégée ou encore, à son «avantage» ou pour son «bien-être».

Les situations à l'égard desquelles elle peut être exercée sont légion; la compétence ne peut être définie dans ce sens. Comme lord MacDermott l'a dit dans *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, à la p. 703, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes et il y a beaucoup de méandres mais ils se sont inexorablement [TRADUCTION] «dirigés vers un pouvoir discrétionnaire plus large, sous l'effet du changement des conditions sociales et du poids de l'opinion . . . ». En d'autres termes, les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes. Je conviens donc avec le juge Latey dans l'affaire *Re X*, précitée, à la p. 699, que la compétence est d'une nature très large et qu'elle peut être invoquée dans des questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l'enseignement religieux et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste, comme il le souligne, n'est pas exhaustive.

Qui plus est, comme le souligne le passage de l'arrêt *Chambers* cité par le juge Latey, un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu'une personne ou un bien a subi un préjudice, mais également pour le motif que l'on s'attend à ce qu'un tel préjudice se produise. Je pourrais ajouter que cette compétence est soigneusement protégée. Les tribunaux ne présument pas facilement qu'elle a été enlevée par un texte législatif quand il est nécessaire de protéger une personne qui ne peut le faire elle-même.

Je n'ai aucun doute que la compétence peut être utilisée pour autoriser une intervention chirurgicale qui est nécessaire pour la santé d'une personne, comme en fait on l'a déjà utilisée en Grande-Bretagne et au pays. De plus, par le terme santé, je vise la santé mentale aussi bien que physique. Aux États-Unis, les tribunaux ont utilisé la compétence *parens patriae* au nom d'une personne atteinte de déficience mentale pour autoriser la

tle doubt that in a proper case our courts should do the same. Many of these instances are related in *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), where the court went to the length of permitting a kidney transplant between brothers. Whether the courts in this country should go that far, or as in *Quinlan*, permit the removal of life-sustaining equipment, I leave to later disposition.

Though the scope or sphere of operation of the *parens patriae* jurisdiction may be unlimited, it by no means follows that the discretion to exercise it is unlimited. It must be exercised in accordance with its underlying principle. Simply put, the discretion is to do what is necessary for the protection of the person for whose benefit it is exercised; see the passages from the reasons of Sir John Pennycuik in *Re X*, at pp. 706-07, and Heilbron J. in *Re D*, at p. 332, cited earlier. The discretion is to be exercised for the benefit of that person, not for that of others. It is a discretion, too, that must at all times be exercised with great caution, a caution that must be redoubled as the seriousness of the matter increases. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to do so would risk imposing an obviously heavy burden on some other individual.

While the breadth of the jurisdiction available under *parens patriae* is apparent from La Forest J.'s reasons in *Eve*, what is unclear is whether the jurisdiction to act in the best interests of a child can also include the power to act in the best interests of a foetus.

It has been held to the contrary both in the Manitoba Court of Appeal's ruling in this case, and in the English Court of Appeal in *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193. Both decisions relied on the common law "born alive" rule. This rule requires that a foetus achieve personhood before it can acquire actionable rights. The child must be born alive before any rights can accrue or remedies can be sought. In my view, the reliance on this rule was misplaced. The rule is a legal anachronism based on rudimentary medical knowledge and

chimiothérapie et l'amputation, et je ne doute pas que, dans un cas approprié, nos tribunaux fassent la même chose. Un grand nombre de ces affaires sont relatées dans l'arrêt *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), où la cour est allée jusqu'à permettre une transplantation rénale entre frères. La question de savoir si les tribunaux de ce pays devraient aller aussi loin, ou comme dans *Quinlan*, permettre le débranchement d'un appareil essentiel au maintien de la vie, pourra être tranchée ultérieurement.

Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. Elle doit être exercée conformément à son principe sous-jacent. Tout simplement, le pouvoir discrétionnaire permet de faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle il est exercé; voir les passages des motifs de sir John Pennycuik dans *Re X*, aux pp. 706 et 707 et du juge Heilbron dans *Re D*, à la p. 332, précité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à d'autres personnes.

Bien que la portée de la compétence *parens patriae* ressorte des motifs exposés par le juge La Forest dans l'arrêt *Eve*, il reste à savoir si la compétence pour agir dans l'intérêt d'un enfant comprend également le pouvoir d'agir dans l'intérêt d'un foetus.

Cette question a reçu une réponse négative dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Manitoba en l'espèce et dans l'arrêt *Re F (in utero)*, [1988] 2 All E.R. 193, de la Cour d'appel d'Angleterre. Ces deux arrêts sont fondés sur le principe de la «naissance vivante» reconnu en common law. Selon ce principe, le foetus doit d'abord devenir une personne avant de pouvoir acquérir des droits d'action. L'enfant doit naître vivant pour pouvoir acquérir des droits ou chercher à obtenir des réparations. À mon avis, l'application de ce principe n'était pas fondée. Ce principe est un anachronisme juridique fondé sur des connaissances médi-

101

102

should no longer be followed, at least for the purposes of this appeal.

103 If a foetus is a “person” for purposes of the *parens patriae* jurisdiction, he or she is in a particularly vulnerable position. A foetus, absent outside assistance, has no means of escape from toxins ingested by its mother. The *parens patriae* jurisdiction exists for the stated purpose of doing what is necessary to protect the interests of those who are unable to protect themselves. Society does not simply sit by and allow a mother to abuse her child after birth. How then should serious abuse be allowed to occur before the child is born?

C. The “Born Alive” Rule

104 The “born alive” rule, as its name suggests, requires a foetus to be born alive before any legal rights of personhood can accrue. The Court of Appeal relied on this rule as one resolution to the present case, but no inquiry was made into the genesis or purpose of the rule. Once the purpose of the rule is known, it becomes more apparent that it should not apply in this case.

105 In a persuasive article on this topic, Clarke D. Forsythe has traced the genesis of the “born alive” rule as evidentiary, rather than substantive; a principle necessitated by the primitive medical knowledge and technology of the time: “Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms” (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

106 Until the early 19th century medical practitioners could not determine with confidence before quickening (the first physical sensation by the mother of the foetus in the womb) whether a woman was pregnant, or further, whether the child *in utero* was alive. Consequently, the common law adopted the presumption that a child was first endowed with life at quickening. Forsythe cites, at pp. 572-73, a passage from *An American Practitioner, London Practice of Midwifery* (6th ed.

cales rudimentaires et il ne devrait plus être appliqué, du moins pour les fins du présent pourvoi.

Si le foetus constitue une «personne» pour l'exercice de la compétence *parens patriae*, il se trouve dans une position particulièrement précaire. Le foetus, en l'absence de toute aide extérieure, n'a aucun moyen de se soustraire à l'effet des toxines ingérées par sa mère. La compétence *parens patriae* permet expressément de faire ce qui est nécessaire pour défendre les intérêts des personnes incapables de se protéger elles-mêmes. La société n'accepte pas de se croiser les bras et de permettre à une mère de maltraiter son enfant après la naissance. Pourquoi, alors, laisserait-on la mère maltraiter sérieusement l'enfant avant la naissance?

C. Le principe de la «naissance vivante»

Le principe de la «naissance vivante», comme son nom le laisse entendre, pose que le foetus doit naître vivant pour pouvoir acquérir les droits juridiques attribués de la personnalité. La Cour d'appel s'est fondée sur ce principe pour trancher la présente affaire, mais elle ne s'est pas interrogée sur son origine ni son objet. Dès que l'objet du principe est énoncé, il devient manifeste qu'il ne devrait pas s'appliquer en l'espèce.

Dans un article convaincant sur le sujet, Clarke D. Forsythe a démontré que le principe de la «naissance vivante» était à l'origine une règle de preuve plutôt qu'une règle de fond et qu'il était nécessaire vu les connaissances et techniques médicales rudimentaires de l'époque: «Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms» (1987), 21 *Val. U. L. Rev.* 563.

Jusqu'au début du XIX^e siècle, les médecins ne pouvaient pas déterminer avec assurance si une femme était enceinte ou encore si l'enfant *in utero* était vivant avant qu'elle ne ressente pour la première fois la présence du foetus dans l'utérus. Par conséquent, une présomption a été établie en common law selon laquelle l'enfant était réputé vivant à partir du moment où la mère ressentait pour la première fois la présence du foetus. Forsythe cite, aux pp. 572 et 573, un extrait de *An American*

1826), at p. 77, footnote (v), which expressed the near impossibility of determining the existence of pregnancy for purposes of legal proof before the end of the sixth month:

We have taken a wide range in the examination of 'authorities' on the subject, and the result is that we can find *no one invariable sign, nor can form any combination of symptoms so unequivocal, as to enable us to pronounce its existence under oath*, for all have occasionally proved deceptive. Before deciding, our examinations should be frequently repeated, and then, *only* should a final decision be seldom hazarded 'before the end of the sixth month'. [Emphasis in original.]

Limited medical knowledge also could not determine whether a child *in utero* was alive at the time it was subjected to an injury unless the child was also born alive, suffering from that injury. Forsythe quotes, at p. 576, from A. S. Taylor in *Medical Jurisprudence* (7th ed. 1861) who put the rationale for the "born alive" rule as follows, at p. 411:

It is well known that in the course of nature, many children come into the world dead, and that others die from various causes soon after birth. In the latter, the signs of their having lived are frequently indistinct. Hence, to provide against the danger of erroneous accusation, the law humanely presumes that every newborn child has been born dead, until the contrary appears from medical or other evidence. The onus of proof is thereby thrown on the prosecution; and no evidence imputing murder can be received, unless it be made certain by medical or other facts, that the child survived its birth and was actually living when the violence was offered to it.

Forsythe summarizes the medical knowledge and the legal rule that evolved therefrom, at p. 575:

As a result of this primitive knowledge of human life *in utero*, the health of the child *in utero* could not be established unless and until the child was observed outside the womb. Writers on medical jurisprudence noted that, even after quickening, it was extremely difficult to determine whether the child died before or dur-

Practitioner, London Practice of Midwifery (6^e éd. 1826), à la p. 77, note (v), qui exprimait la quasi-impossibilité de déterminer, à des fins de preuve juridique, si une femme était enceinte avant la fin du sixième mois de la grossesse:

[TRADUCTION] Nous avons considéré l'opinion de toute une gamme d'«experts» en la matière et nous n'avons pu identifier aucun *signe invariable ni d'aucune combinaison de symptômes non équivoques au point de nous permettre d'en déclarer l'existence sous serment*, car ils se sont tous révélés trompeurs de temps à autre. Avant de prendre une décision, nous devrions répéter souvent les examens, et *alors*, nous devrions rarement nous hasarder à rendre une décision définitive «avant la fin du sixième mois». [En italique dans l'original.]

Les connaissances médicales limitées ne permettraient pas non plus de déterminer si l'enfant *in utero* était vivant au moment où il subissait un préjudice, à moins qu'il ne naisse vivant, affecté de la lésion. Forsythe cite, à la p. 576, un passage de l'ouvrage d'A. S. Taylor, *Medical Jurisprudence* (7^e éd. 1861), dans lequel le principe de la «naissance vivante» est justifié de la façon suivante, à la p. 411:

[TRADUCTION] Il est bien connu que, dans l'ordre de la nature, plusieurs enfants naissent déjà morts, alors que d'autres meurent de diverses causes peu après leur naissance. En ce qui concerne ces derniers, les signes permettant de déterminer s'ils ont vécu sont souvent indistincts. Ainsi, pour éviter que des accusations ne soient portées par erreur, la loi présume avec humanité que chaque nouveau-né est mort-né, jusqu'à ce qu'une preuve de nature médicale ou autre établisse le contraire. Par conséquent, c'est la poursuite qui a le fardeau de la preuve et aucune preuve visant à imputer un meurtre à qui que ce soit ne peut être admise avant qu'il ait été déterminé avec certitude, à l'aide de faits médicaux ou autres, que l'enfant a survécu à la naissance et qu'il était bien vivant au moment où des sévices ont été exercés sur lui.

Forsythe résume les connaissances médicales et la règle de droit qui en a découlé, à la p. 575:

[TRADUCTION] Vu ces connaissances rudimentaires de la vie humaine *in utero*, la santé de l'enfant *in utero* ne pouvait être évaluée tant que l'enfant ne pouvait être examiné à l'extérieur de l'utérus. Les auteurs d'ouvrages de médecine légale ont souligné que, même après que la mère a ressenti pour la première fois la présence

ing labor and subsequent expulsion from the womb. Moreover, it was nearly impossible to attribute the injury or death of the child to one cause or another and thus to distinguish between natural causes and inflicted injuries. As a result, live birth was required to prove that the unborn child was alive and that the material acts were the proximate cause of death, because it could not otherwise be established if the child was alive in the womb at the time of the material acts.

du fœtus dans l'utérus, il était extrêmement difficile de déterminer si l'enfant était décédé avant ou pendant le travail et l'expulsion subséquente. En outre, il était presque impossible d'attribuer la lésion ou le décès de l'enfant à une cause ou à une autre et donc de distinguer les causes naturelles des lésions infligées. Par conséquent, il était essentiel que l'enfant naisse vivant pour établir qu'il était vivant *in utero* et que les actes visés ont été la cause immédiate du décès, car il était impossible de déterminer autrement si l'enfant était vivant dans l'utérus de sa mère au moment où ces actes ont été commis.

108

Forsythe examined the history of the "born alive" rule from its oldest common law origins, considering among others the writings of Bracton, Coke and Blackstone. He concluded that the rule was always one of evidence, and not of substance. His analysis of the ancient authorities is found at pp. 580-92, from which the following is extracted (at p. 589):

Forsythe a examiné l'évolution du principe de la «naissance vivante» depuis ses origines les plus lointaines en common law en se référant, entre autres, aux écrits de Bracton, Coke et Blackstone. Il a conclu que ce principe avait toujours constitué une règle de preuve et non de fond. Son analyse de la jurisprudence ancienne se trouve aux pp. 580 à 592, dont voici un extrait (à la p. 589):

... the practical application of the born alive rule also demonstrates that the rule was an evidentiary and not a substantive moral definition of a human being at common law. In practice, the born alive rule was applied to proscribe as homicide the killing of a child even if the mortal injuries were inflicted while the child was still *in utero*. If the rule was truly a substantive definition of human being, and a fetus only became a human being at birth, then injuring an unborn child *in utero* would not be injuring a human being. In that case, the death of the child out of the womb could not satisfy the *corpus delicti*, because the criminal agency of the defendant — the moral connection between the infliction of the injury and the resulting death — would not exist. The child would not be a human being both at the time of the injury and the time of the death. If the born alive rule was a substantive rule, then homicide could only result from injuries inflicted after birth, because only then would they be inflicted on "a human being". The common law, however, did not adopt this proposition. Rather, the common law considered the injury of the child *in utero* to be a constituent part of the homicide of the unborn child, as long as it died out of the womb. The law necessarily found the injury to the child *in utero* to

[TRADUCTION] ... il ressort également de l'application pratique du principe de la naissance vivante qu'il s'agissait d'une définition de l'être humain pour des fins de preuve en common law et non d'une définition morale de fond. En pratique, le principe de la naissance vivante était appliqué pour incriminer à titre d'homicide le fait de tuer un enfant même si les blessures mortelles lui avaient été infligées alors qu'il se trouvait toujours *in utero*. Si le principe constituait véritablement une définition de fond de l'être humain, et si le fœtus ne devenait un être humain qu'à la naissance, alors le fait d'infliger des blessures à un enfant *in utero* n'équivaudrait pas à infliger des blessures à un être humain. Dans ce cas, le décès de l'enfant à l'extérieur de l'utérus ne satisfait pas à la règle du *corpus delicti*, étant donné que l'intention criminelle de la partie défenderesse, c'est-à-dire le lien moral entre le fait d'infliger la blessure et le décès qui en résulterait, n'existerait pas. L'enfant ne serait pas un être humain tant au moment où les blessures ont été infligées qu'au moment où le décès est survenu. Si le principe de la naissance vivante constituait une règle de fond, il ne pourrait y avoir d'homicide que s'il résultait de blessures infligées après la naissance, parce que c'est seulement à ce moment qu'elles seraient infligées à «un être humain». Cette proposition, cependant, n'a pas été acceptée en common law. On a plutôt considéré en common law que les blessures infligées à l'enfant *in utero* constituaient un élément de l'homicide de l'enfant à naître, pourvu qu'il décède à l'extérieur de l'utérus. La loi considérerait nécessairement que les blessures infligées à l'enfant *in utero* équivalaient à des

be an injury to a human being in order to find the subsequent death after birth to be a homicide.

Present medical technology renders the “born alive” rule outdated and indefensible. We no longer need to cling to an evidentiary presumption to the contrary when technologies like real time ultrasound, fetal heart monitors and fetoscopy can clearly show us that a foetus is alive and has been or will be injured by conduct of another. We can gauge fetal development with much more certainty than the common law presumed. How can the sophisticated micro-surgery that is now being performed on foetuses *in utero* be compatible with the “born alive” rule?

However, there is the temptation to assume that the courts of the past that treated the “born alive” rule as one of substantive law knew as much as is known today about fetal development. Since medical technology has improved to the point of eliminating nearly all of the evidentiary problems from which the “born alive” rule sprang, it no longer makes sense to retain the rule where its application would be perverse. The blind application of the “born alive” rule in this context clearly runs afoul of Holmes’ dictum that:

It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past.

(Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law” (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457, at p. 469.)

In the United States many states still retain the “born alive” rule as a substantive rule of law, usually without any assessment of its relevance in modern society. Some states, armed with today’s

blessures infligées à un être humain afin de conclure que le décès suivant la naissance était un homicide.

La technologie médicale actuelle a rendu le principe de la «naissance vivante» désuet et injustifiable. Les moyens technologiques tels l'échographie en temps réel, les moniteurs de fréquence cardiaque fœtale et la fœtoscopie pouvant clairement démontrer que le fœtus est bien vivant ou qu'il a subi ou subira des lésions en raison du comportement d'autrui, nous n'avons plus besoin de nous accrocher à une présomption en matière de preuve établissant le contraire. Il est possible de mesurer le développement du fœtus avec beaucoup plus de certitude qu'on ne le supposait en common law. Comment la microchirurgie de pointe que l'on pratique actuellement sur des fœtus *in utero* peut-elle être compatible avec le principe de la «naissance vivante»?

Cependant, il est tentant de présumer que les tribunaux qui, dans le passé, ont considéré que le principe de la «naissance vivante» constituait une règle de droit substantiel, disposaient des mêmes connaissances que celles dont nous disposons aujourd'hui en ce qui concerne le développement du fœtus. Vu que la technologie médicale s'est améliorée au point d'éliminer presque tous les problèmes de preuve à l'origine du principe de la «naissance vivante», il n'est plus logique de conserver ce principe, étant donné que son application serait erronée. L'application aveugle du principe de la «naissance vivante» dans ce contexte va manifestement à l'encontre de l'affirmation suivante de Holmes:

[TRADUCTION] Il est révoltant de constater que la seule justification d'une règle de droit est le fait qu'elle a été établie sous le règne d'Henri IV. Ça l'est d'autant plus si les motifs pour lesquels elle avait été établie sont disparus depuis longtemps et qu'elle ne doit plus sa survie qu'à un conservatisme aveugle.

(Oliver Wendell Holmes, «The Path of the Law» (1897), 10 *Harv. L. Rev.* 457, à la p. 469.)

Aux États-Unis, plusieurs États conservent toujours le principe de la «naissance vivante» en tant que règle de droit substantielle, ordinairement sans en évaluer la pertinence dans le cadre d'une société

109

110

111

medical knowledge have stepped forward and distinguished the rule. In *Hughes v. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994), the Oklahoma Court of Criminal Appeals, following civil precedent from its State Supreme Court, prospectively abandoned the “born alive” rule for purposes of homicide cases. In that case the accused was charged with manslaughter arising out of a drunk driving accident which resulted in the other driver’s fetus (which was in the eighth month of gestation) being stillborn. Lumpkin P.J. commented, at p. 736, that overruling the “born alive” rule “allows us to sever the umbilical cord which has linked our law of evidence with antiquity long after the light of medical knowledge has dispelled the myths of the past”. The court, however, pointed out that while ruling the “born alive” rule inapplicable in homicide cases, they wished, at pp. 734-35 to “make it absolutely clear that [the] holding shall not affect a woman’s constitutional right to choose a lawful abortion”.

moderne. Certains États, forts des connaissances médicales actuelles, ont décidé de nuancer ce principe. Dans *Hughes c. State of Oklahoma*, 868 P.2d 730 (1994), la Court of Criminal Appeals de l’Oklahoma, suite à un arrêt de la Cour suprême de l’État en matière civile, a abandonné, pour l’avenir, l’application du principe de la «naissance vivante» dans les cas d’homicide. Dans cette affaire, le prévenu a été accusé d’homicide involontaire à la suite d’un accident de la route provoqué par une conduite avec facultés affaiblies, qui a eu pour conséquence que le fœtus porté par l’autre automobiliste (qui en était à son huitième mois de grossesse) est mort-né. Le juge Lumpkin a remarqué, à la p. 736, que le fait d’écarter le principe de la «naissance vivante» [TRADUCTION] «nous permet de couper le cordon ombilical qui liait notre droit de la preuve aux temps anciens, longtemps après que la lumière de la connaissance médicale eut dissipé les mythes du passé». La cour, cependant, a souligné que même si elle jugeait le principe de la «naissance vivante» inapplicable dans les affaires d’homicide, elle désirait, aux pp. 734 et 735, [TRADUCTION] «affirmer clairement que cette décision ne touchait pas le droit constitutionnel de la femme de choisir de subir un avortement licite».

112

Hughes followed precedent from two other state appellate court decisions: that of Supreme Judicial Court of Massachusetts in *Commonwealth v. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984), and of the Supreme Court of South Carolina in *State v. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984). Both cases determined that for purposes of state homicide statutes, the “born alive” rule should be abandoned. In *Cass*, Hennessey C.J. commented, at p. 1328, that:

The [born alive] rule has been accepted as the established common law in every American jurisdiction that has considered the question. But the antiquity of a rule is no measure of its soundness. . . . It is time to reexamine the grounds upon which the ancient rule was laid down.

The *Cass* court held that advances in medical science rendered the original purpose of the “born

Dans *Hughes*, deux arrêts rendus par la cour d’appel de deux autres États ont été appliqués, soit l’arrêt *Commonwealth c. Cass*, 467 N.E.2d 1324 (1984), de la Supreme Judicial Court du Massachusetts et l’arrêt *State c. Horne*, 319 S.E.2d 703 (1984), de la Supreme Court de la Caroline du Sud. Ces deux arrêts ont statué que, pour l’application des lois de l’État en matière d’homicide, le principe de la «naissance vivante» devait être abandonné. Dans *Cass*, le juge en chef Hennessey a fait remarquer, à la p. 1328, ce qui suit:

[TRADUCTION] Le principe de la naissance vivante a été reconnu, par chaque juridiction américaine qui a examiné la question, comme une règle de common law. Cependant, l’ancienneté d’un principe ne constitue pas une mesure de son bien-fondé [. . .] Il est temps de réexaminer les fondements de ce vieux principe.

Dans l’arrêt *Cass*, la cour a conclu que les progrès de la science médicale avaient enlevé toute perti-

alive” rule irrelevant, and it should no longer be followed in homicide cases.

It is no great step for this Court to hold the “born alive” rule not applicable when considering the *parens patriae* jurisdiction of a provincial superior court. While *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, held that the wording of s. 206 of the *Criminal Code* adopts the “born alive” rule for purposes of criminal law, this does not bar a re-assessment of the rule in the context of this case. Here we are dealing purely with the common law, and no enactment of Parliament prevents a re-evaluation of the premises of this rule.

Canadian courts have recognized the need to re-evaluate the “born alive” rule with regard to advances in medical technology. In *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, [1933] S.C.R. 456, a right was created for a child injured *in utero* to sue a tortfeasor; see p. 465:

There were two other matters to which our attention was called; the first was that cases similar to the present one must have arisen many times in the past, but that no decided case (or at most only one) has been found in which the child’s right of action for pre-natal injuries has been maintained. The paucity of decided cases is far from conclusive, and may be largely accounted for by the inevitable difficulty or impossibility of establishing the existence of a causal relation between the fault complained of and the injury to the child. With the advance in medical science, however, that which may have been an insuperable difficulty in the past may now be found susceptible of legal proof.

Similarly, in *Duval v. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), aff’d (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.), Fraser J. observed (at p. 702):

Some of the older cases suggest that there should be no recovery by a person who has suffered prenatal injuries because of the difficulties of proof and of the opening it gives for perjury and speculation. Since those

nence à l’objet original du principe de la «naissance vivante» et que celui-ci ne devait plus être appliqué dans les affaires d’homicide.

Notre Cour ne franchirait pas un grand pas en décidant que le principe de la «naissance vivante» ne s’applique pas en ce qui concerne la compétence *parens patriae* des cours supérieures des provinces. Même s’il a été conclu dans *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, que le libellé de l’art. 206 du *Code criminel* adoptait le principe de la «naissance vivante» aux fins du droit criminel, cela n’empêche pas une réévaluation de ce principe dans le contexte de la présente affaire. En l’espèce, nous traitons exclusivement de la common law et aucune disposition législative du Parlement ne nous empêche de réévaluer les fondements de ce principe.

Des tribunaux canadiens ont reconnu qu’il fallait réévaluer le principe de la «naissance vivante» à la lumière des progrès de la technologie médicale. Dans *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, [1933] R.C.S. 456, un enfant blessé *in utero* a obtenu le droit de poursuivre l’auteur d’un délit civil; voir à la p. 465:

[TRADUCTION] On a porté deux autres questions à notre attention; la première était que des cas semblables à l’espèce avaient dû se produire à maintes reprises dans le passé, mais qu’on n’a pu trouver de décision (sauf peut-être une seule tout au plus) dans laquelle le droit d’action de l’enfant pour des lésions prénatales a été maintenu. Le manque de décisions est loin d’être concluant et il peut s’expliquer en grande partie par l’inévitable difficulté ou impossibilité d’établir l’existence d’un lien de causalité entre la faute commise et le préjudice subi par l’enfant. Grâce aux progrès de la science médicale, cependant, il se peut que ce qui posait jadis une difficulté insurmontable puisse désormais faire l’objet d’une preuve juridique.

De la même façon, dans *Duval c. Seguin*, [1972] 2 O.R. 686 (H.C.), conf. par (1973), 1 O.R. (2d) 482 (C.A.), le juge Fraser a fait remarquer ce qui suit (à la p. 702):

[TRADUCTION] Certains des arrêts plus anciens laissent entendre qu’aucune réparation ne devrait être accordée à la personne qui a subi des lésions prénatales, vu les problèmes de preuve que cela pose et les parjures et conjec-

113

114

cases were decided there have been many scientific advances and it would seem that chances of establishing whether or not there are causal relationships between the act alleged to be negligent and the damage alleged to have been suffered as a consequence are better now than formerly. In any event the Courts now have to consider many similar problems and plaintiffs should not be denied relief in proper cases because of possible difficulties of proof.

115 There are contrary authorities to the position adopted in these reasons. In *Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, the court cited the "born alive" rule as a bar to a husband obtaining an injunction preventing his pregnant wife from undergoing an abortion procedure. This same reasoning was applied with respect to Quebec civil law in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

116 In my view, there is a distinction between abortion and the case under appeal. *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, struck down this country's criminal prohibitions against abortion. Nothing in these reasons purports to interfere with the effect of that decision. However, where a woman has chosen to carry a foetus to term, the situation is different. Having chosen to bring a life into this world, that woman must accept some responsibility for its well-being. In my view, that responsibility entails, at the least, the requirement that the pregnant woman refrain from the abuse of substances that have, on proof to the civil standard, a reasonable probability of causing serious and irreparable damage to the foetus. It is not inconsistent to place restraints upon a woman's abusive behaviour towards her foetus that she has decided to carry to term yet continue to preserve her ability to choose abortion at any time during her pregnancy. It is not a question of a woman making a "declaration" of her intentions. Rather, the law will presume that she intends to carry the child to term

atures auxquelles cela pourrait donner lieu. Depuis que ces arrêts ont été rendus, plusieurs progrès scientifiques ont été réalisés et il semblerait qu'il soit maintenant plus facile de déterminer s'il existe des liens de causalité entre les actes de négligence reprochés et les préjudices qui auraient été infligés. De toute façon, les cours doivent maintenant traiter de nombreux problèmes similaires et elles ne devraient pas refuser d'accorder une réparation aux parties demandresses dans les cas où cela s'impose, simplement parce qu'il se pourrait qu'il y ait des problèmes de preuve.

Certains arrêts vont dans le sens contraire de la position adoptée dans les présents motifs. Dans *Paton c. British Pregnancy Advisory Service Trustees*, [1979] Q.B. 276, la cour a cité le principe de la «naissance vivante» pour rejeter la demande d'injonction d'un époux en vue d'interdire à sa femme enceinte de se faire avorter. Le même raisonnement a été appliqué dans le contexte du droit civil québécois, dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

À mon avis, il faut établir une distinction entre l'avortement et la présente espèce. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, les dispositions incriminant l'avortement au pays ont été annulées. Or, les présents motifs ne visent aucunement à modifier l'effet de cet arrêt. Cependant, lorsque la femme a décidé de mener sa grossesse à terme, la situation est différente. Ayant choisi de donner naissance à un enfant, cette femme doit accepter qu'elle est responsable, jusqu'à un certain point, du bien-être de celui-ci. À mon avis, une telle responsabilité exige à tout le moins que la femme enceinte s'abstienne de consommer des substances intoxicantes lorsqu'il existe, selon la norme de preuve applicable au civil, une probabilité raisonnable qu'elles causent un préjudice grave et irréparable au foetus. Il n'est pas illogique d'empêcher la femme d'avoir un comportement abusif envers le foetus qu'elle a décidé de porter jusqu'à la naissance, tout en lui laissant la possibilité de se faire avorter à tout moment pendant sa grossesse. Il ne s'agit pas de demander à la femme de «faire connaître» ses intentions. On supposera plutôt, en droit, qu'elle a l'intention de mener sa grossesse à terme, et ce jusqu'à ce qu'elle dise vouloir se faire avorter, prenne des dispositions pour interrompre

until such time as she indicates a desire to receive, makes arrangements for or obtains an abortion.

Tremblay v. Daigle, *supra*, noted that the interests of a foetus are legally protected in a number of circumstances, for example, tort law, child welfare, and inheritance rights: pp. 569-70. A child can sue to recover for damage inflicted upon it while a foetus: *Montreal Tramways*, *supra*. A gift devised by will to a foetus will not fail if the testator dies before birth. The rationale of attributing rights to the foetus in these situations is linked to protecting the interests of the child upon its birth. In this sense, the rationale of protecting the child/foetus by the exercise of the *parens patriae* jurisdiction is no different, as it depends on the intention of the mother to carry the child to term. As was stated in *Tremblay v. Daigle*, at p. 563:

A foetus is treated as a person only where it is necessary to do so in order to protect its interests after it is born.

Protecting the unborn child from having to live its life suffering from severe mental and physical disabilities should meet the test of necessity to "protect its interests after it is born".

Precedent that states that a foetus is not a "person" should not be followed without an inquiry into the purpose of such a rule. In the well-known case of *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, the Privy Council overruled precedent and a unanimous Supreme Court of Canada, [1928] S.C.R. 276, and held that women were "persons" with respect to s. 24 of the *British North America Act, 1867*. Rigidly applying precedents of questionable applicability without inquiry will lead the law to recommit the errors of the past.

sa grossesse ou encore subisse effectivement un avortement.

Dans *Tremblay c. Daigle*, précité, il a été souligné que les intérêts d'un foetus reçoivent une protection juridique dans un certain nombre de circonstances, par exemple en matière délictuelle, de protection de l'enfance, et de droit des successions: pp. 569 et 570. L'enfant peut intenter une action en dommages-intérêts pour le préjudice subi alors qu'il était un foetus: *Montreal Tramways*, précité. La mort du testateur avant la naissance ne rendra pas caduc le legs qu'il a fait à un foetus. L'attribution de droits au foetus dans de telles situations se justifie par la protection des intérêts de l'enfant à sa naissance. Dans ce sens, la protection de l'enfant ou du foetus par l'exercice de la compétence *parens patriae* n'est pas justifiée différemment car elle repose sur l'intention de la mère de mener sa grossesse à terme. Comme il a été dit dans *Tremblay c. Daigle*, à la p. 563:

Le foetus n'est traité comme une personne que dans les cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance.

Protéger l'enfant à naître afin qu'il n'ait pas à souffrir toute sa vie d'incapacités mentale et physique graves devrait satisfaire au critère de la nécessité de «protéger ses intérêts après sa naissance».

Les arrêts déclarant que le foetus n'est pas une «personne» ne devraient pas être appliqués sans que l'on se soit interrogé sur l'objet d'une telle règle. Dans l'affaire célèbre *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, le Conseil Privé a écarté un précédent jurisprudentiel et arrêt unanime de la Cour suprême du Canada, [1928] R.C.S. 276, pour conclure que les femmes étaient des «personnes» au sens de l'art. 24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. L'application rigide et aveugle de précédents jurisprudentiels dont l'applicabilité est discutable entraînera une répétition, en droit, des erreurs commises dans le passé.

117

118

119 Moreover, Canada is a signatory to the United Nations *Declaration of the Rights of the Child* (1959), which states in its preamble that:

... the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including appropriate legal protection, before as well as after birth. . . .

120 The “born alive” rule should be abandoned, for the purposes of this case, as it is medically out-of-date. It may be that the rule has continuing utility in the context of other cases with their own particular facts. The common law boasts that it is adaptable. If so, there is no need to cling for the sake of clinging to notions rooted in rudimentary medical and scientific knowledge of the past. A foetus should be considered within the class of persons whose interests can be protected through the exercise of the *parens patriae* jurisdiction.

D. Standard for Exercising Jurisdiction

121 In my opinion, it is a modest expansion on La Forest J.’s statements in *Eve, supra*, to include a foetus within the class of persons who can be protected by the exercise of the *parens patriae* jurisdiction. However, clearly, the only person by law able to choose between an abortion or carrying to term is the mother. She too has the right to decide her lifestyle whether pregnant or not. The court’s ability to intervene must therefore be limited. It will only be in extreme cases, where the conduct of the mother has a reasonable probability of causing serious irreparable harm to the unborn child, that a court should assume jurisdiction to intervene.

122 In the Court of Appeal, Twaddle J.A. grounded his decision denying jurisdiction in part upon a type of “slippery slope” argument (at p. 260 D.L.R.):

The mother’s right to sniff solvents may not seem of much importance, but I do not see how a court can

Au surplus, le Canada est signataire de la *Déclaration des droits de l’enfant* (1959) des Nations Unies, laquelle déclare dans son préambule que:

... l’enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d’une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d’une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance . . .

Le principe de la «naissance vivante» devrait être abandonné pour les fins du présent pourvoi, car il est désuet d’un point de vue médical. Il se peut que ce principe soit encore utile dans d’autres cas, selon les faits particuliers de chaque affaire. La common law s’enorgueillit de sa souplesse. Si tel est le cas, il n’y a aucune raison de s’accrocher inutilement à des notions fondées sur des connaissances médicales et scientifiques rudimentaires et désuètes. Le foetus devrait être considéré comme faisant partie de la catégorie des personnes dont les intérêts peuvent être protégés par l’exercice de la compétence *parens patriae*.

D. Norme applicable à l’exercice de la compétence

À mon avis, inclure le foetus dans la catégorie de personnes dont les intérêts peuvent être protégés par l’exercice de la compétence *parens patriae* ce n’est pas aller beaucoup plus loin que le juge La Forest dans *Eve*, précité. Cependant, il est évident que seule la mère est légalement apte à choisir entre l’avortement et la grossesse menée à terme. Elle aussi a le droit de choisir le mode de vie qui lui convient, et sa grossesse n’y change rien. Le pouvoir d’intervention de la cour doit donc être limité. C’est seulement dans les cas exceptionnels, alors qu’il existe une probabilité raisonnable que le comportement de la mère causera un préjudice grave et irréparable à l’enfant à naître, qu’une cour devrait affirmer sa compétence pour intervenir.

En Cour d’appel, le juge Twaddle a fondé sa décision de ne pas accorder la compétence en partie sur un argument du type «doigt dans l’engrenage» (à la p. 260 D.L.R.):

[TRADUCTION] Le droit de la mère d’inhaler des solvants peut ne pas sembler très important, mais je ne vois

select which conduct harmful to an unborn child should be restrained and which not.

This concern was expressed in a variety of ways at the appeal. Serious substance abuse that has a reasonable probability of causing serious and irreparable harm to the foetus should be restrained. Simply because there may be hard cases on other facts not before the Court does not mean we should ignore what is obvious from the evidence in this case. The damage caused to children by serious substance abuse is well documented. It seems derelict to suggest that we should not restrain this abuse because we can imagine some other cases that may not be as clear.

Taking Twaddle J.A.'s argument to its logical extreme, we would be faced with some strange results. It is interesting speculation to wonder what the result of this appeal might have been, had the state been trying to restrain a pregnant mother from taking thalidomide to deal with her morning sickness.

Opposition to this intervention has been strenuously argued by the respondent and her supporting interveners. Exercise of the *parens patriae* jurisdiction will necessarily involve an overriding of some rights possessed by the mother in order to protect her foetus. It is acknowledged that these are serious impositions, accordingly, the test is set at such a very high threshold. We are not simply denying the mother her "right" to sniff solvents but also possibly her liberty. That is why a remedy of confinement should be the final option. Before a court takes the severe step of ordering confinement, a condition precedent should be that it is certain on a balance of probabilities that no other solution is workable or effective. The least rights-diminishing option should always be sought.

In cases such as this any remedy of confinement must be for purposes of treatment, and not punishment. It follows that the situs of the confinement

pas comment une cour peut déterminer les comportements préjudiciables à l'enfant à naître qui doivent être empêchés et ceux qui ne doivent pas l'être.

Cette préoccupation a été exprimée de diverses façons en appel. Il faut empêcher l'abus grave de substances intoxicantes lorsqu'il existe une probabilité raisonnable qu'il cause un préjudice grave et irréparable au fœtus. Le simple fait que des cas difficiles présentant des faits différents puissent éventuellement être soumis à la Cour ne signifie pas que nous ne devrions pas tenir compte de ce qui ressort manifestement de la preuve en l'espèce. Le préjudice que cause aux enfants l'abus grave de substances intoxicantes est bien documenté. Il semble irresponsable de soutenir que nous ne devrions pas mettre un terme à un tel abus parce qu'il est concevable que d'autres cas ne soient pas aussi évidents.

En poussant le raisonnement du juge Twaddle à l'extrême, nous serions confrontés à des résultats étranges. Il est intéressant de se demander quel aurait pu être le résultat du présent pourvoi si l'État avait cherché à empêcher une femme enceinte de prendre de la thalidomide pour se débarrasser de sa nausée.

L'intimée et les intervenants qui l'appuient se sont opposés énergiquement à une telle intervention. L'exercice de la compétence *parens patriae* implique nécessairement un empiètement sur certains des droits de la mère afin de protéger le fœtus. Il est reconnu que de tels empiètements sont graves et c'est la raison pour laquelle le critère d'intervention est si exigeant. Nous privons la mère non seulement de son «droit» d'inhaler de la colle, mais peut-être aussi de sa liberté. C'est pourquoi l'internement ne devrait être ordonné qu'en dernier recours. Avant de recourir à cette mesure grave, la cour devrait s'assurer au préalable qu'il n'existe, selon la prépondérance des probabilités, aucune autre solution possible ou efficace. Elle devrait toujours opter pour la solution la moins attentatoire aux droits de la personne visée.

Dans les cas semblables à l'espèce, l'ordonnance d'internement doit avoir comme objectif le traitement, non pas la punition, de la personne

123

124

125

should be a residential treatment facility or hospital which can offer a treatment program. The mother remains free to reject all suggested medical treatment. The confinement serves only to prevent her using toxins strong enough to cause serious and permanent damage to the foetus.

126 The right of a child to sue its mother for prenatal injuries was recognized in *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (N.B.C.A.). The extension of the *parens patriae* doctrine in the case on appeal should not be viewed as an implicit sanctioning of a child's right to sue its mother for "lifestyle choices" made during pregnancy. A child initiating any action against its mother would have to prove, in this type of action as in others, all the necessary elements of a negligence claim, including causation and damages to the standard required in all tortious actions.

127 The threshold for state intervention is high. In this case the difficult test is met but each case will have to be decided on its facts. The failure of a pregnant woman to quit smoking or act in some way that is optimum for fetal health would not meet the test for state intervention. The familiar "slippery slope" argument has some points of value, however, it cannot be raised as a principled bar to granting an injunction in this case. The "slippery slope" argument if not carefully assessed can easily become a *in terrorem* argument and lose whatever value it may legitimately possess.

128 In the present case it is clear that D.F.G. has had ample knowledge of the effects of substance abuse on her foetus. She was sadly aware of giving birth to two permanently handicapped children. D.F.G. had been offered counselling and education of various kinds to no apparent avail.

visée. Il s'ensuit que l'internement doit avoir lieu dans un établissement résidentiel de traitement ou un hôpital offrant un programme de traitement. La mère demeure libre de refuser tous les soins médicaux qu'on lui propose. La détention ne doit servir qu'à l'empêcher d'absorber des toxines suffisamment nocives pour causer un préjudice grave et permanent au fœtus.

Le droit de l'enfant d'intenter une poursuite contre sa mère pour lésions prénatales a été reconnu dans *Dobson (Litigation Guardian of) c. Dobson* (1997), 148 D.L.R. (4th) 332 (C.A.N.-B.). L'extension de la doctrine *parens patriae* en l'espèce ne devrait pas être considérée comme une sanction implicite du droit de l'enfant d'intenter une poursuite contre sa mère en raison des «choix de mode de vie» qu'elle a faits pendant sa grossesse. L'enfant qui engage une telle action contre sa mère doit prouver, comme c'est le cas pour d'autres actions, la réunion de tous les éléments nécessaires pour intenter une action fondée sur la négligence, dont le lien de causalité et le préjudice, selon la norme de preuve applicable en matière de responsabilité délictuelle.

Le critère d'intervention de l'État est rigoureux. Dans la présente affaire, il est respecté, mais chaque cas devra être considéré comme un cas d'espèce. Le fait qu'une femme enceinte ne s'abstienne pas de fumer ou n'agisse pas d'une manière optimale pour la santé du fœtus ne serait pas suffisant pour satisfaire au critère autorisant l'intervention de l'État. L'argument bien connu du «doigt dans l'engrenage» n'est pas sans mérite; cependant, il ne peut être invoqué comme obstacle de principe à l'octroi d'une injonction en l'espèce. L'argument du «doigt dans l'engrenage», s'il n'est pas soigneusement examiné, peut facilement devenir un argument *in terrorem* et perdre toute valeur légitime qu'il peut posséder.

En l'espèce, il est évident que D.F.G. connaissait parfaitement les effets de l'abus de substances intoxicantes sur le fœtus qu'elle portait. Elle savait fort bien qu'elle avait déjà donné naissance à deux enfants irrémédiablement handicapés. On lui avait offert, en vain semble-t-il, plusieurs services d'orientation et d'éducation.

On the other hand, it is somewhat enlightening that once she was confined, her behaviour improved. She voluntarily remained in the hospital after the order of Schulman J. was stayed by the Court of Appeal. To the date of this hearing, she has apparently stayed free of solvents. Her child was born healthy and she is raising him primarily alone, but with the aid of C.F.S. and others.

D.F.G.'s case indicates that confinement remedies need not last the entire term of the pregnancy, and would be modified as circumstances change. The treatment necessary will vary with the severity of the abuse and the subsequent conduct of the mother.

It is a fundamental precept of our society and justice system that society can restrict an individual's right to autonomy where the exercise of that right causes harm to others. Conversely, it would be unjust not to restrict one person's right of autonomy when the exercise of that right causes harm to others. In her dissenting opinion in the final report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care* (1993), vol. 2, Dr. Suzanne Rozell Scorsone stated, at p. 1131:

Autonomy is a necessary good, but it is not an absolute. All of us have, as the report says, the right to make our own choices, but rights necessarily entail responsibilities; where our choices may or do harm others, our choices are, in fact, limited, and we are held accountable, whatever our gender. It is the suspension of that accountability with respect to pregnant women which would constitute the setting of a different (and lower) standard of behaviour.

As one American author explained:

[A] state's compelling interest in potential life outweighs a mother's privacy right to conduct her life as she chooses when state intervention is hardly intrusive. Moreover,

a privacy right protecting the daily conduct of a pregnant woman from interference would necessarily be far weaker than her privacy right to decide whether to

Par ailleurs, il est assez révélateur de constater que son comportement s'est amélioré après son internement. Elle est demeurée de son plein gré à l'hôpital après que l'ordonnance du juge Schulman eut été suspendue par la Cour d'appel. Jusqu'au moment de l'audition du présent pourvoi, elle ne semble pas avoir inhalé de solvants. Son enfant est né en santé et elle l'élève principalement seule, mais avec l'aide de l'Office et d'autres.

Il ressort du cas de D.F.G. qu'il n'est pas nécessaire que l'internement dure pendant toute la grossesse et que l'ordonnance pourrait être modifiée, selon les circonstances. Le traitement nécessaire variera en fonction de la gravité de l'abus et de la conduite ultérieure de la mère.

Le fait que la société puisse limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui constitue un précepte fondamental de notre société et de notre système de justice. Inversement, il serait injuste de ne pas limiter le droit à l'autonomie d'une personne si l'exercice de ce droit nuit à autrui. Dans son avis dissident dans le rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, intitulé *Un virage à prendre en douceur* (1993), vol. 2, le Dr Suzanne Rozell Scorsone a dit, à la p. 1283:

L'autonomie est un bien nécessaire, mais ce n'est pas un absolu. Nous avons tous, comme le déclare la Commission, le droit de faire nos propres choix, mais les droits s'accompagnent forcément de responsabilités. Si ces choix causent du tort ou sont susceptibles de causer du tort à autrui, ils sont alors soumis à des limitations et nous en sommes responsables, indépendamment de notre sexe. C'est la suppression de cette responsabilité, dans le cas des femmes enceintes, qui établit, en fait, une norme différente (et moins stricte) de comportement.

Comme l'a expliqué un auteur américain:

[TRADUCTION] [L']intérêt impérieux qu'a l'État de préserver une vie en devenir l'emporte sur le droit au respect de la vie privée que la mère a choisi de mener lorsque l'intervention de l'État n'est guère attentatoire. En outre,

le droit au respect de la vie privée qui met le comportement quotidien d'une femme enceinte à l'abri de l'ingérence de l'État serait nécessairement beaucoup

129

130

131

have an abortion because, although it might not always be in her interest to have a child, it is never in her interest to have a child with birth defects.

(C. A. Kyres, "A 'Cracked' Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse" (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325, at p. 1350.)

132 When confinement is determined to be the only solution that will work in the circumstances, this type of imposition on the mother is fairly modest when balanced against the devastating harm substance abuse will potentially inflict on her child. The afflicted children may be sentenced to a permanently lower standard of life. To advocate not confining the mother to prevent this harm seems extreme and shortsighted.

133 The mother's continuing ability to elect an abortion and end her confinement makes the intrusion of her liberty relatively modest when weighed against the child from birth being seriously and permanently impaired.

E. Procedural Considerations

134 In order to provide some certainty and predictability in these types of cases, procedural considerations must be developed. The important questions are: Who has standing to apply for an order of this type? On what standard should the trial judge determine the issue? What procedural rules should be used?

135 It is not necessary to determine all parties who should have standing in cases such as this one. In my view, it is enough that C.F.S., as a governmental agency, has the requisite standing. Whether other parties may qualify for standing should be resolved on a case-by-case basis.

moins important que le droit au respect de la vie privée qui lui permet de décider si elle se fait avorter ou non parce que, même s'il n'est pas toujours dans son intérêt de donner naissance à un enfant, il n'est jamais dans son intérêt de donner naissance à un enfant atteint de malformations congénitales.

(C. A. Kyres, «A «Cracked» Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse» (1991), 25 *New Eng. L. Rev.* 1325, à la p. 1350.)

Lorsqu'il s'avère que l'internement constitue la seule solution efficace dans les circonstances, cette contrainte imposée à la mère est assez bénigne comparativement au préjudice dévastateur que l'abus de substances intoxicantes est susceptible d'infliger à son enfant. En effet, il se peut que les enfants atteints soient condamnés à ne connaître qu'une qualité de vie inférieure. S'opposer à ce que la mère soit internée pour empêcher la réalisation d'un tel préjudice semble extrémiste et peu perspicace.

La faculté que conserve la mère de décider de se faire avorter et de mettre fin à l'internement rend l'atteinte à sa liberté relativement bénigne lorsqu'on la compare à la naissance d'un enfant gravement et irrémédiablement handicapé.

E. Considérations de nature procédurale

Afin d'assurer un certain degré de certitude et de prévisibilité dans de tels cas, il faut introduire des exigences procédurales. Voici les questions importantes à examiner: Qui a la qualité pour demander que soit rendue une telle ordonnance? Quelle est la norme applicable par le juge du procès pour trancher la question? Quelles sont les règles de procédure à suivre?

Il n'est pas nécessaire d'identifier toutes les parties qui devraient avoir qualité pour agir dans ces cas comme la présente espèce. À mon avis, il suffit que l'Office, en tant qu'organisme gouvernemental, ait la qualité requise pour agir. La question de savoir si d'autres parties pourraient avoir qualité pour agir devrait être tranchée dans chaque cas.

It is only in those extreme cases, where the conduct of the mother has a reasonable probability of causing serious and irreparable harm to the unborn child, and no other reasonable means of treatment exists, that a court should assume jurisdiction to intervene. This standard must be met by evidence presented at a hearing held prior to any restriction being imposed on the mother's liberty.

Finally, there should be procedural fairness. In this case, the rules set out in *The Court of Queen's Bench Act*, C.C.S.M., c. C280, and the *Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, if properly applied, appear to meet that need.

F. Conclusion

I do not believe our system, whether legislative or judicial, has become so paralysed that it will ignore a situation where the imposition required in order to prevent terrible harm is so slight. It may be preferable that the legislature act but its failure to do so is not an excuse for the judiciary to follow the same course of inaction. Failure of the court to act should occur where there is no jurisdiction for the court to proceed. Outdated medical assumptions should not provide any licence to permit the damage to continue. Where the harm is so great and the temporary remedy so slight, the law is compelled to act.

In *Montreal Tramways Co. v. Léveillé*, *supra*, this Court set the standard for the common law world in tort actions launched by a child injured *in utero* by a third party. The majority of the Court recognized that in 1933 "the great weight of judicial opinion in the common law courts denies the right of a child when born to maintain an action for pre-natal injuries" (p. 460). Notwithstanding those authorities, the Court ruled that a child who suffered injury in its mother's womb as the result of a wrongful act or default of another had the right, after birth, to maintain an action for its pre-

C'est seulement dans ces cas exceptionnels, alors qu'il existe une probabilité raisonnable que le comportement de la mère cause un préjudice grave et irréparable à l'enfant à naître et qu'aucune autre voie de traitement raisonnable ne s'offre qu'une cour devrait invoquer sa compétence pour intervenir. L'intervention doit se justifier selon une preuve présentée lors d'une audition préalable à l'imposition de toute mesure limitative de la liberté de la mère.

Enfin, l'équité procédurale doit être assurée. En l'espèce, l'application convenable des règles prévues dans la *Loi sur la Cour du Banc de la Reine*, C.P.L.M., ch. C280, et les *Règles de la Cour du Banc de la Reine*, Règl. du Man. 553/88, semble satisfaisante.

F. Conclusion

Je ne crois pas que notre système, tant au plan législatif que judiciaire, soit devenu paralysé au point qu'il restera inactif devant une situation où la contrainte à imposer pour empêcher la réalisation d'un terrible préjudice est si bénigne. Il serait peut-être préférable que le législateur agisse, mais ce n'est pas parce qu'il ne l'a pas fait que le pouvoir judiciaire doit adopter la même attitude. Seule l'absence de compétence justifie l'immobilisme judiciaire. On ne devrait pas se fonder sur des hypothèses médicales démodées pour tolérer que de tels préjudices continuent d'être infligés. Lorsque le préjudice est si important et la réparation temporaire si bénigne, une intervention juridique s'impose.

Dans *Montreal Tramways Co. c. Léveillé*, précité, notre Cour a établi la norme applicable en common law à l'action en responsabilité délictuelle intentée par l'enfant qui a subi un préjudice *in utero* causé par un tiers. Les juges majoritaires de la Cour ont reconnu qu'en 1933, [TRADUCTION] «les cours de common law sont en grande majorité d'avis qu'il faut refuser à l'enfant, une fois né, le droit d'intenter une action pour des lésions prénatales» (p. 460). Malgré une telle jurisprudence, la Cour a statué que l'enfant qui a subi un préjudice résultant de l'acte fautif ou de l'omission d'un tiers

136

137

138

139

natal injuries. Lamont J. relied on the following principle:

If a child after birth has no right of action for pre-natal injuries, we have a wrong inflicted for which there is no remedy. . . . If a right of action be denied to the child it will be compelled, without any fault on its part, to go through life carrying the seal of another's fault and bearing a very heavy burden of infirmity and inconvenience without any compensation therefor.

Lamont J. appealed to fundamental fairness:

To my mind it is but natural justice that a child, if born alive and viable, should be allowed to maintain an action in the courts for injuries wrongfully committed upon its person while in the womb of its mother. [Emphasis added.]

In my view, the general principles cited by Lamont J. have application to the case at bar. See also *Dobson*, *supra*.

140

It seems fundamentally unfair and inexplicable for this Court to hold that a foetus, upon live birth, can sue for damages to recompense injuries suffered *in utero*, yet have no ability to obtain a remedy preventing that damage from occurring in the first place. This is the one of the clearest of cases where monetary damages are a singularly insufficient remedy. If our society is to protect the health and well-being of children, there must exist jurisdiction to order a pre-birth remedy preventing a mother from causing serious harm to her foetus. Someone must speak for those who cannot speak for themselves.

IV. Disposition

141

To grant the limited intervention proposed in this appeal serves the interest of:

(a) the mother as her option for an abortion is always available,

alors qu'il se trouvait dans le sein de sa mère avait le droit, après la naissance, d'intenter une action pour le préjudice prénatal. Le juge Lamont s'est fondé sur le principe suivant:

[TRADUCTION] Si l'enfant, après la naissance, n'a pas le droit d'intenter une action pour des lésions prénatales, nous sommes alors en présence d'une faute pour laquelle il n'existe aucun recours [. . .] Si l'on refuse d'accorder un droit d'action à l'enfant, celui-ci devra, même s'il n'en est aucunement responsable, subir pendant toute sa vie les conséquences de la faute d'autrui et porter un très lourd fardeau d'infirmité et d'inconvénients, sans obtenir indemnisation.

Le juge Lamont a invoqué l'équité fondamentale:

[TRADUCTION] Dans mon esprit, permettre à l'enfant né vivant et viable d'intenter une action en justice pour des lésions infligées à tort à sa personne alors qu'il était dans le sein de sa mère n'est que la manifestation de la justice naturelle. [Je souligne.]

À mon avis, les principes généraux exposés par le juge Lamont s'appliquent à l'espèce. Voir également *Dobson*, précité.

Il semble fondamentalement inéquitable et inexplicable que notre Cour accepte que l'enfant né vivant puisse intenter une action en dommages-intérêts pour les lésions qu'il a subies alors qu'il était dans le sein de sa mère, mais ne lui permette pas d'obtenir une réparation pour prévenir la réalisation du préjudice. Il s'agit de l'un des cas les plus manifestes où l'attribution de dommages-intérêts constitue une réparation singulièrement insuffisante. Si notre société doit protéger la santé et le bien-être des enfants, il doit exister une compétence permettant d'accorder une réparation avant la naissance, afin d'empêcher la mère de causer un préjudice grave au fœtus qu'elle porte. Il faut défendre ceux qui ne peuvent se défendre eux-mêmes.

IV. Dispositif

L'intervention limitée proposée dans le présent pourvoi est dans l'intérêt:

a) de la mère, car elle a toujours le choix de se faire avorter,

(b) protecting the foetus from serious and irreparable harm and permits it a reasonable chance of having a normal life after birth,

(c) preventing unnecessary spending by Canadian governments to permanently care for the mentally disabled child born as a result of the mother's unrestricted drug addiction.

I would allow the appeal, and declare that Schulman J. was within his jurisdiction under *parens patriae* to order the respondent to refrain from the consumption of intoxicating substances, and to compel the respondent to live at a place of safety until the birth of her child.

Appeal dismissed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Phillips Aiello Boni, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Government of Yukon: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Medical and Dental Society: Stikeman, Elliott, Toronto.

Solicitors for the intervener the Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Alliance for Life: Costigan & Costigan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association des Centres jeunesse du Québec: Cousineau Primeau & Associés, Montreal.

b) du fœtus, car elle le mettra à l'abri d'un préjudice grave et irréparable et lui donnera une chance raisonnable de mener une vie normale après la naissance,

c) des gouvernements canadiens, car cela le dispensera de consacrer inutilement des fonds au soin de l'enfant atteint d'une déficience mentale parce que la toxicomanie de la mère n'a pas pu être refrénée.

J'accueillerais le pourvoi et déclarerais que l'ordonnance du juge Schulman enjoignant à l'intimée de s'abstenir de consommer des substances intoxicantes et de vivre dans un endroit sûr jusqu'à la naissance de son enfant, relevait de sa compétence *parens patriae*.

Pourvoi rejeté, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Phillips Aiello Boni, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le gouvernement du Yukon: Wolch Pinx Tapper Scurfield, Winnipeg.

Procureurs des intervenants Evangelical Fellowship of Canada et Christian Medical and Dental Society: Stikeman, Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Catholic Group for Health, Justice and Life: Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Alliance pour la vie: Costigan & Costigan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des Centres jeunesse du Québec: Cousineau Primeau & Associés, Montréal.

Solicitors for the interveners the Southeast Child and Family Services and the West Region Child and Family Services: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Abortion Rights Action League: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Sheilah Martin and Sharon McIvor, Toronto.

Solicitors for the interveners the Women's Health Clinic Inc., the Metis Women of Manitoba Inc., the Native Women's Transition Centre Inc. and the Manitoba Association of Rights and Liberties Inc.: Public Interest Law Centre, Winnipeg; Taylor McCaffrey, Winnipeg.

Procureurs des intervenants Southeast Child and Family Services et West Region Child and Family Services: Myers Weinberg Kussin Weinstein Bryk, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour le droit à l'avortement: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Sheilah Martin et Sharon McIvor, Toronto.

Procureurs des intervenantes Women's Health Clinic Inc., Metis Women of Manitoba Inc., Native Women's Transition Centre Inc. et l'Association manitobaine des droits et libertés inc.: Public Interest Law Centre, Winnipeg; Taylor McCaffrey, Winnipeg.

Nelson M. Skalbania *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. SKALBANIA

File No.: 25539.

1997: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeals — Questions of law — Appeal raising issue of what mens rea suffices to establish guilt for offence of misappropriation of money held under direction — Court of Appeal having jurisdiction to entertain appeal since issue raised was a question of law not of fact.

Criminal law — Theft — Misappropriation of money held under direction — Mens rea — Intentional misappropriation, without mistake, sufficing to establish mens rea of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 332(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Appeal from acquittal — Criminal Code permitting court of appeal to substitute guilty verdict for acquittal on trial by judge sitting alone but not on trial by judge and jury — Criminal Code provision not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Criminal law — Sentencing — New judge sentencing accused because trial judge had retired before Court of Appeal's decision substituting conviction for accused's

Nelson M. Skalbania *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SKALBANIA

N° du greffe: 25539.

1997: 6 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel — Appels — Questions de droit — Appel soulevant la question de savoir quelle mens rea suffit pour établir la culpabilité quant à l'infraction de détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Cour d'appel ayant compétence pour entendre l'appel vu que la question soulevée était une question de droit et non de fait.

Droit criminel — Vol — Détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Mens rea — Détournement intentionnel, et non par erreur, suffisant pour établir la mens rea requise pour commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Appel contre un acquittement — Code criminel permettant à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquittement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury — Disposition du Code criminel ne violant pas l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

Droit criminel — Détermination de la peine — Peine de l'accusé déterminée par un nouveau juge vu que le juge du procès avait pris sa retraite avant l'arrêt de la

acquittal — No merit to accused's submission that he was entitled to be sentenced by judge who presided at trial.

Cases Cited

Referred to: *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 332(1), 669.2 [ad. c. 27 (1st Supp.), s. 137; am. 1994, c. 44, s. 65], 686(4)(b)(ii) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 145].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 80 B.C.A.C. 56, 130 W.A.C. 56, 109 C.C.C. (3d) 515, 1 C.R. (5th) 286, [1996] B.C.J. No. 1906 (QL), setting aside the accused's acquittal on a charge of theft and substituting a conviction. Appeal dismissed.

Leonard T. Doust, Q.C., and *Peter Leask, Q.C.*, for the appellant.

Teresa R. Mitchell-Banks, for the respondent.

Robert Frater and Chantal Proulx, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ MCLACHLIN J. — We would all dismiss the appeal.

Cour d'appel substituant une déclaration de culpabilité à l'acquittement de l'accusé — Argument de l'accusé selon lequel il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès — Argument non fondé.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1), 669.2 [aj. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 137; mod. 1994, ch. 44, art. 65], 686(4)(b)(ii) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 80 B.C.A.C. 56, 130 W.A.C. 56, 109 C.C.C. (3d) 515, 1 C.R. (5th) 286, [1996] B.C.J. No. 1906 (QL), qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de vol, et substitué une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Leonard T. Doust, c.r., et *Peter Leask, c.r.*, pour l'appellant.

Teresa R. Mitchell-Banks, pour l'intimée.

Robert Frater et Chantal Proulx, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE MCLACHLIN — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel.

The appellant raises four issues.

The first issue is whether the Court of Appeal had jurisdiction to entertain this appeal. The appellant argues that the trial judge's conclusion that he lacked the intention (or *mens rea*) required for the offence is a finding of fact. Since appeals lie only on questions of law, it follows, he argues, that there can be no appeal from his acquittal by the trial judge.

This argument fails on the ground that the issue raised in the Court of Appeal (and this Court) was not a question of fact, but an issue of law: namely what mental state or *mens rea* suffices to establish guilt under s. 332(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The issue is whether the trial judge erred in law in holding that to convict there must be "an intent to steal", and consequently in acquitting the appellant.

It follows that the Court of Appeal had jurisdiction to hear the appeal.

The second issue concerns the *mens rea* required for conviction under s. 332(1). We agree with Rowles J.A. in the British Columbia Court of Appeal that an intentional misappropriation, without mistake, suffices to establish *mens rea* under s. 332(1): see *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201; *R. v. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660 (C.A.). The word "fraudulently", as used in this section, connotes no more than this. The dishonesty inherent in the offence lies in the intentional and unmistakable application of funds to an improper purpose.

We also agree with Rowles J.A. that the findings of fact of the trial judge establish both the *actus reus* and *mens rea* of the offence. The *actus reus* is

L'appelant a soulevé quatre questions.

La première question est de savoir si la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel en l'espèce. L'appelant fait valoir que la conclusion du juge du procès selon laquelle il n'avait pas l'intention (ou *mens rea*) requise pour commettre l'infraction est une conclusion de fait. Vu que les appels ne peuvent porter que sur une question de droit, il s'ensuit, selon lui, que son acquittement par le juge du procès ne peut pas faire l'objet d'un appel.

Cet argument échoue pour le motif que la question soulevée en Cour d'appel (et devant notre Cour) était non pas une question de fait, mais une question de droit: il s'agissait de savoir quel élément moral ou *mens rea* suffit pour établir la culpabilité en vertu du par. 332(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La question est de savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en statuant que, pour prononcer une déclaration de culpabilité, il doit y avoir [TRADUCTION] «une intention de voler», et par conséquent, en acquittant l'appelant.

Il s'ensuit que la Cour d'appel avait compétence pour entendre l'appel.

La deuxième question concerne la *mens rea* requise pour prononcer une déclaration de culpabilité en vertu du par. 332(1). Nous sommes d'accord avec le juge Rowles de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire qu'un détournement intentionnel, et non par erreur, est suffisant pour établir la *mens rea* requise en vertu du par. 332(1): voir *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201; *R. c. Williams*, [1953] 1 Q.B. 660 (C.A.). Le mot «frauduleusement» utilisé dans ce paragraphe ne connote rien de plus. La malhonnêteté inhérente à l'infraction réside dans l'affectation intentionnelle, et non par erreur, de fonds à une fin irrégulière.

Nous sommes également d'accord avec le juge Rowles pour dire que les conclusions de fait du juge du procès établissent l'existence à la fois de

not in issue. On *mens rea*, the trial judge concluded:

I find that Mr. Skalbania was at all material times the controlling mind of Prime Realty Limited, to whom Mr. Gooch's cheque was paid. I find that Mr. Skalbania through Prime Realty applied Gooch's money for a purpose other than that directed by Mr. Gooch.

In short, the trial judge found: that the appellant knew that the money belonged to Mr. Gooch; that the appellant knew the purpose to which the money was supposed to be applied; and that the appellant knowingly, without mistake, applied the money to different purposes.

8 It follows that the Court of Appeal did not err in concluding that the elements required for conviction were established.

9 The third issue is whether s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, which permits a court of appeal to substitute a guilty verdict for an acquittal on a trial by a judge sitting alone, but not on a trial by a judge and jury, is unconstitutional.

10 The appellant argues that s. 686(4)(b)(ii) violates the s. 7 *Charter* right not to be deprived of one's liberty except in accordance with the principles of fundamental justice for two related reasons: (1) that permitting the substitution of a conviction in cases where the trial was by judge alone but not where it was by judge and jury is arbitrary; and (2) that this is contrary to the alleged principle of fundamental justice that criminal proceedings must be consistent.

l'actus reus et de la *mens rea* de l'infraction. L'*actus reus* n'est pas en cause. Quant à la *mens rea*, le juge du procès a conclu ceci:

[TRADUCTION] Je conclus que M. Skalbania était, à toute époque pertinente, l'âme dirigeante de Prime Realty Limited, à qui le chèque de M. Gooch a été versé. Je conclus que M. Skalbania a, par l'intermédiaire de Prime Realty, affecté l'argent de Gooch à une autre fin que celle prescrite par ce dernier.

Bref, le juge du procès a conclu que l'appellant savait que l'argent appartenait à M. Gooch, que l'appellant savait à quelle fin l'argent était censé être affecté, et que l'appellant a sciemment, et non par erreur, affecté cet argent à d'autres fins.

Il s'ensuit que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en statuant que l'existence des éléments nécessaires pour prononcer une déclaration de culpabilité avait été établie.

La troisième question soulevée a trait à la constitutionnalité du sous-al. 686(4)(b)(ii) du *Code criminel*, qui permet à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquittement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury.

L'appellant soutient que le sous-al. 686(4)(b)(ii) viole le droit, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de n'être privé de liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, et ce, pour deux raisons connexes: (1) parce qu'il est arbitraire de permettre la substitution d'un verdict de culpabilité dans les cas où le procès s'est déroulé devant un juge seul, mais non dans ceux où il s'est déroulé devant un juge et un jury, et (2), parce que cela est contraire au principe de justice fondamentale qui prescrirait la cohérence des procédures criminelles.

In our view, the impugned distinction is neither arbitrary nor inconsistent and does not trammel the s. 7 guarantee of fair process.

There is a distinction between trial by judge alone and trial by judge and jury that justifies the different procedures. Judges sitting alone give reasons that can be examined for findings of fact and errors of law. Juries, by contrast, do not give reasons. It cannot, therefore, be known if the jury has made the findings of fact necessary to support a conviction. For this reason, the Court of Appeal cannot substitute a conviction for the acquittal and a new trial must be held.

We conclude that s. 686(4)(b)(ii) does not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The final issue raised by the appellant is whether he was entitled to be sentenced by the judge who presided at trial. Since that judge had retired at the time of the Court of Appeal's decision, sentence was passed by a new judge.

In our view, there is no merit in this submission. Section 686(4)(b)(ii) provides that the case be remitted to the "trial court", not the "trial judge". Section 669.2 confirms this. The constitutionality of these provisions in relation to whether a particular judge can pass sentence was not challenged. Any other system would be unworkable. We note, without prejudice to any outstanding proceedings in relation to sentence, that transcripts of the trial were available and the hearing occupied three days.

In conclusion, we are unable to accept any of the grounds of appeal advanced by the appellant. We would dismiss the appeal, affirm the conviction,

À notre avis, la distinction contestée n'est ni arbitraire ni incohérente et n'entrave pas la garantie d'équité procédurale prévue à l'art. 7.

Il y a, entre le procès devant un juge seul et le procès devant un juge et un jury, une différence qui justifie les différentes procédures. Les juges siégeant seuls exposent des motifs que l'on peut examiner pour trouver des conclusions de fait ou des erreurs de droit. Par contre, les jurys n'exposent aucun motif. Il est donc impossible de savoir si le jury a tiré les conclusions de fait nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité. Pour cette raison, la Cour d'appel ne saurait substituer une déclaration de culpabilité à l'acquittement et un nouveau procès doit être tenu.

Nous concluons que le sous-al. 686(4)(b)(ii) ne viole pas l'art. 7 de la *Charte*.

La dernière question soulevée par l'appellant est de savoir s'il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès. Vu que ce juge avait pris sa retraite à l'époque de l'arrêt de la Cour d'appel, la peine a été imposée par un nouveau juge.

Selon nous, cet argument n'est pas fondé. Le sous-alinéa 686(4)(b)(ii) prévoit que l'affaire doit être renvoyée au «tribunal de première instance» et non pas au «juge de première instance». L'article 669.2 le confirme. La constitutionnalité de ces dispositions n'a pas été contestée relativement à la question de savoir si un juge en particulier peut imposer une peine. Tout autre système serait impossible à appliquer. Nous soulignons, sans préjudice de toutes procédures en cours en matière de peine, que la transcription du procès était disponible et que l'audience a duré trois jours.

En conclusion, il nous est impossible d'accepter l'un ou l'autre moyen d'appel avancé par l'appellant. Nous sommes d'avis de rejeter l'appel, de

11

12

13

14

15

16

and answer the first constitutional question* in the negative.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Jack Watson, Edmonton.

confirmer la déclaration de culpabilité et de répondre par la négative à la première question constitutionnelle*.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Leask, Daniells, Bahen, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Jack Watson, Edmonton.

* EDITOR'S NOTE

The constitutional questions read as follows:

1. Is s. 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in arbitrarily providing that:
 - where a verdict is that of a judge and jury, a Court of Appeal cannot substitute a conviction for an acquittal; but
 - where a verdict is that of a court composed of a judge alone, the Court of Appeal can substitute a conviction for an acquittal?
2. If the answer to Question 1 is "yes", is the infringement demonstrably justified as a reasonable limit pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

*NOTE DE L'ARRÊTISTE

Voici le texte des questions constitutionnelles:

1. Est-ce que le sous-al. 686(4)b)(ii) du *Code criminel* du Canada est incompatible avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'il prévoit arbitrairement:
 - que, dans le cas d'un verdict rendu par un juge et un jury, la cour d'appel ne peut pas remplacer un acquittement par une déclaration de culpabilité;
 - mais que, dans le cas d'un verdict rendu par un juge seul, la cour d'appel peut remplacer un acquittement par une déclaration de culpabilité?
2. Si la réponse à la question 1 est «oui», est-ce qu'il s'agit d'une limitation raisonnable et justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Claude Labrecque *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LABRECQUE

File No.: 25651.

1997: November 7.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Bastarache JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Sexual assault — Child's testimony at trial inconsistent with her prior statements — Reliability of child's prior statements — Court of Appeal's judgment affirmed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1996] R.J.Q. 2850, 112 C.C.C. (3d) 472 (*sub nom. R. v. L. (C.)*), [1996] Q.J. No. 3550 (QL) (*sub nom. R. v. C.L.*), setting aside the accused's acquittal on a charge of sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Gervais Labrecque and Louise Plamondon, for the appellant.

Robert Parrot, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right. We are all of the view that the appeal should be dismissed essentially for the reasons given by Madam Justice Rousseau-Houle, in which the Quebec Court of Appeal unanimously concurred. The appeal is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Labrecque, Robitaille & Associés, Québec.

Claude Labrecque *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LABRECQUE

N° du greffe: 25651.

1997: 7 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Agression sexuelle — Témoignage de l'enfant au procès incompatible avec ses déclarations antérieures — Fiabilité des déclarations antérieures de l'enfant — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1996] R.J.Q. 2850, 112 C.C.C. (3d) 472 (*sub nom. R. c. L. (C.)*), [1996] A.Q. n° 3550 (QL) (*sub nom. R. c. C.L.*), qui a annulé l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation d'agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Gervais Labrecque et Louise Plamondon, pour l'appellant.

Robert Parrot, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ceci est un appel de plein droit. Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel essentiellement pour les motifs de Madame le juge Rousseau-Houle auxquels la Cour d'appel du Québec a souscrit à l'unanimité. Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Labrecque, Robitaille & Associés, Québec.

*Solicitor for the respondent: Robert Parrot,
Québec.*

Procureur de l'intimée: Robert Parrot, Québec.

L.S. *Appellant*

v.

C.S. *Respondent*

and

**Seventh-day Adventist Church in
Canada** *Intervener*

INDEXED AS: S. (L.) v. S. (C.)

File No.: 25894.

1997: November 7.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin,
Iacobucci and Bastarache JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC*Family law — Custody — Restrictions — Religious
activities — Jehovah's Witness — Interest of child —
Access rights.*

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] R.D.F. 215 (*sub nom. Droit de la famille—2618*), [1997] Q.J. No. 373 (QL), affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed in part.

André Carbonneau, for the appellant.*Pierre-Yves Morin*, for the respondent.*Gerald D. Chipeur* and *Barbara B. Johnston*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — In cases involving the best interest of a child, we feel that it is appropriate to render judgment as soon as possible. We are ready to render judgment now.

Under the jurisprudence of this Court in these matters, the test is the best interest of the child. In

L.S. *Appelante*

c.

C.S. *Intimé*

et

**L'Église adventiste du septième jour au
Canada** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: S. (L.) c. S. (C.)

N° du greffe: 25894.

1997: 7 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci et Bastarache.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit de la famille — Garde — Restrictions — Acti-
vités religieuses — Témoin de Jehovah — Intérêt de
l'enfant — Droits d'accès.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1997] R.D.F. 215 (*sub nom. Droit de la famille—2618*), [1997] A.Q. No. 373 (QL), confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli en partie.

André Carbonneau, pour l'appelante.*Pierre-Yves Morin*, pour l'intimé.*Gerald D. Chipeur* et *Barbara B. Johnston*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Dans les affaires soulevant la question du meilleur intérêt de l'enfant, nous estimons qu'il convient de rendre jugement le plus tôt possible. Nous sommes maintenant prêts à le faire.

En vertu de la jurisprudence de la Cour, le test est le meilleur intérêt de l'enfant dans ces matières.

the circumstances of this case, given the evidence before us, we are not satisfied that the best interest of the child has been compromised by the practices of the custodial parent.

3 Consequently, we are all of the view to allow this appeal in part, to quash the judgment of the Court of Appeal to modify the custody order rendered by the trial judge on June 9, 1995, to the extent of removing the restrictions imposed upon the appellant as regards the activities which she is entitled to do with or in the presence of her child. As for the balance of the order, the access rights of the respondent are maintained as ordered by the trial judge.

4 Each party to pay its costs throughout.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: André Carbonneau, Montreal.

Solicitors for the respondent: Pariseau, Cliché & Associés, Sherbrooke.

Solicitors for the intervener: Milner, Fenerty, Calgary.

Dans les circonstances de l'espèce, vu la preuve devant nous, nous sommes satisfaits que le meilleur intérêt de l'enfant n'a pas été compromis par les pratiques du parent gardien.

En conséquence, nous sommes tous d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de l'appelante, d'infirmer en partie l'arrêt de la Cour d'appel, et de modifier l'ordonnance de garde prononcée par le juge de première instance le 9 juin 1995 afin de supprimer les restrictions imposées à l'appelante quant aux activités qu'elle peut faire avec ou en présence de son enfant. Quant au reste, les droits d'accès et de sortie de l'intimé sont maintenus tels que déterminés par le juge de première instance.

Chaque partie payant ses frais devant toutes les cours.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: André Carbonneau, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Pariseau, Cliché & Associés, Sherbrooke.

Procureurs de l'intervenante: Milner, Fenerty, Calgary.

Emma Nieto Bablitz *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BABLITZ

File No.: 25239.

1997: November 14.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — First degree murder — Planning and deliberation — Court of Appeal not erring in upholding jury charge on evidence of planning and deliberation.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1996] A.J. No. 215 (QL), dismissing the accused's appeal from her conviction of first degree murder. Appeal dismissed.

Richard A. Stoppel, Q.C., for the appellant.

Ken Tjosvold, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right. On the sole issue before us, we are in agreement with the reasons of the majority of the Court of Appeal and, consequently, we would dismiss the appeal. Accordingly, it is not necessary to deal with the Crown's motion to quash.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Brimacombe, Stoppel, Finlayson, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Emma Nieto Bablitz *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BABLITZ

N° du greffe: 25239.

1997: 14 novembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Major.

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

Droit criminel — Preuve — Meurtre au premier degré — Planification et caractère délibéré — La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en maintenant l'exposé au jury à propos de la preuve concernant la planification et le caractère délibéré.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1996] A.J. n° 215 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusée contre la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

Richard A. Stoppel, c.r., pour l'appelante.

Ken Tjosvold, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi nous vient de plein droit. Sur le seul point devant nous, nous sommes d'accord avec les motifs de la majorité de la Cour d'appel et nous sommes donc d'avis de rejeter l'appel. En conséquence, il n'est pas nécessaire de statuer sur la requête en cassation de la Couronne.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Brimacombe, Stoppel, Finlayson, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Daniel Charland *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CHARLAND

File No.: 25656.

1997: December 4.

Present: Lamer C.J. and Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Evidence — Cross-examination of accused — Prior convictions.***Cases Cited**Referred to: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 364, 187 A.R. 161, 127 W.A.C. 161, 110 C.C.C. (3d) 300, 2 C.R. (5th) 318, [1996] A.J. No. 819 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual assault, causing bodily harm while committing a sexual assault and threatening to cause bodily harm. Appeal dismissed.

Philip G. Lister, Q.C., for the appellant.*Jack Watson, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ CORY J. — The trial judge considered the decision of this Court in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, and permitted cross-examination of the accused on his criminal record.

² This is a discretionary decision. It is difficult to say that this was a wrongful exercise of that discretion.

Daniel Charland *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CHARLAND

N° du greffe: 25656.

1997: 4 décembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire d'un accusé — Déclarations de culpabilité antérieures.***Jurisprudence**Arrêt mentionné: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 43 Alta. L.R. (3d) 364, 187 A.R. 161, 127 W.A.C. 161, 110 C.C.C. (3d) 300, 2 C.R. (5th) 318, [1996] A.J. No. 819 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à des accusations d'avoir commis une agression sexuelle, d'avoir causé des lésions corporelles en commettant une agression sexuelle et d'avoir menacé de causer des lésions corporelles. Pourvoi rejeté.

Philip G. Lister, c.r., pour l'appelant.*Jack Watson, c.r.*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — Le juge du procès a examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, et a permis que l'accusé soit contre-interrogé sur ses antécédents criminels.

Il s'agit d'une décision discrétionnaire. Il est difficile de dire que c'était là un exercice erroné de ce pouvoir discrétionnaire.

The trial judge very carefully and correctly instructed the jury both before the cross-examination by Crown counsel and in his charge as to the very limited use they could make of that evidence.

There is no reason to think that this jury did not abide by those instructions. Indeed their questions indicated a careful consideration of the issues apparently unaffected by the evidence of the convictions.

We agree with the conclusions of the majority of the Alberta Court of Appeal and this appeal as of right is therefore dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lister & Associate, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

3
Le juge du procès a très soigneusement et correctement donné des directives aux membres du jury tant avant le contre-interrogatoire effectué par le substitut du procureur général que dans son exposé sur l'utilisation très limitée qu'ils pourraient faire de cette preuve.

4
Rien ne permet de croire que les membres du jury ne se sont pas conformés à ces directives. En fait, les questions qu'ils ont posées montraient qu'ils avaient examiné soigneusement les points apparemment non touchés par la preuve des déclarations de culpabilité.

5
Nous souscrivons aux conclusions des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta, et le présent pourvoi de plein droit est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Lister & Associate, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Michael Feeny *Appellant (Respondent on the Motion)*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent (Applicant on the Motion)*

and

The Attorney General of Canada *Intervener (Applicant on the Motion)*

INDEXED AS: R. v. FEENEY

File No.: 24752.

1997: November 21.

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

APPLICATION TO EXTEND TIME OF STAY OF JUDGMENT

Judgments and orders — Suspension of judgment — Operation of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment — Stay of judgment extended.

APPLICATION for extension of stay, [1997] 2 S.C.R. 117, of a judgment of the Supreme Court of Canada, [1997] 2 S.C.R. 13. Application granted.

The following is the judgment delivered by

¹ THE COURT — The motion is granted. The stay of the judgment ordered by this Court on June 27, 1997 ([1997] 2 S.C.R. 117) is extended to December 19, 1997 or, in the alternative, to the day Bill C-16 (*An Act to amend the Criminal Code and the Interpretation Act (powers to arrest and enter dwellings)*) receives Royal Assent if this occurs prior to December 19, 1997.

Michael Feeny *Appelant (Intimé dans la requête)*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée (Requérante dans la requête)*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant (Requérant dans la requête)*

RÉPERTORIÉ: R. c. FEENEY

N° du greffe: 24752.

1997: 21 novembre.

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

DEMANDE DE PROROGATION DU SURSIS D'EXÉCUTION DU JUGEMENT

Jugements et ordonnances — Suspension de l'exécution du jugement — Suspension pour 6 mois à compter de la date du jugement initial de l'obligation d'obtenir un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation — Sursis d'exécution prorogé.

DEMANDE de prorogation du sursis d'exécution, [1997] 2 R.C.S. 117, d'un jugement de la Cour suprême du Canada, [1997] 2 R.C.S. 13. Demande accueillie.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — La requête est accueillie. Le sursis d'exécution ordonné par notre Cour le 27 juin 1997 ([1997] 2 R.C.S. 117) est prolongé jusqu'au 19 décembre 1997 ou jusqu'à la date de la sanction royale du projet de loi C-16 (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi d'interprétation (arrestation et entrée dans les habitations)*) si cet événement survient avant le 19 décembre 1997.

Application granted.

Solicitors for the appellant (respondent on the motion): Lugosi & Cornett, Prince George.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen (applicant on the motion): The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada (applicant on the motion): The Attorney General of Canada, Ottawa.

Demande accueillie.

Procureurs de l'appelant (intimé dans la requête): Lugosi & Cornett, Prince George.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine (requérante dans la requête): Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada (requérante dans la requête): Le procureur général du Canada, Ottawa.

Delgamuukw, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw (and others suing on their own behalf and on behalf of thirty-eight Gitksan Houses and twelve Wet'suwet'en Houses as shown in Schedule 1) *Appellants/ Respondents on the cross-appeal*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondent/ Appellant on the cross-appeal*

and

The Attorney General of Canada *Respondent*

and

The First Nations Summit, the Musqueam Nation *et al.* (as shown in Schedule 2), the Westbank First Nation, the B.C. Cattlemen's Association *et al.* (as shown in Schedule 3), Skeena Cellulose Inc., Alcan Aluminum Ltd. *Interveners*

INDEXED AS: DELGAMUUKW v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 23799.

1997: June 16, 17; 1997: December 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Claim made for large tract — Content of aboriginal title — How aboriginal title protected by s. 35(1) of Constitution Act, 1982 — What required to

*Sopinka J. took no part in this judgment.

Delgamuukw, connu également sous le nom d'Earl Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les membres des maisons Delgamuukw et Haaxw (et d'autres personnes en leur propre nom et au nom des membres de trente-huit maisons Gitksan et de douze maisons Wet'suwet'en, selon ce qui est indiqué à l'annexe 1) *Appellants/ Intimés dans le pourvoi incident*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimée/ Appelante dans le pourvoi incident*

et

Le procureur général du Canada *Intimé*

et

Le First Nations Summit, la Nation Musqueam et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 2), la Première nation de Westbank, la B.C. Cattlemen's Association et autres (selon ce qui est indiqué à l'annexe 3), Skeena Cellulose Inc., Alcan Aluminium Ltée *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: DELGAMUUKW c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

N° du greffe: 23799.

1997: 16 et 17 juin; 1997: 11 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Revendication d'un vaste territoire — Contenu du titre aborigène — Comment l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 protège-

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

prove aboriginal title — Whether claim to self-government made out — Whether province could extinguish aboriginal rights after 1871, either under own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act (incorporating provincial laws of general application by reference) — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

Constitutional law — Aboriginal rights — Aboriginal land title — Evidence — Oral history and native law and tradition — Weight to be given evidence — Ability of Court to interfere with trial judge's factual findings.

Courts — Procedure — Land claims — Aboriginal title and self-government — Claim altered but no formal amendments to pleadings made — Whether pleadings precluded the Court from entertaining claims.

The appellants, all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, both individually and on behalf of their "Houses", claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into 133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants. The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory

t-il le titre aborigène? — Quels sont les éléments de preuve requis pour établir le titre aborigène? — Le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a-t-il été établi? — La province pouvait-elle, après 1871, éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens (qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale)? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Preuve — Récits oraux et règles de droit et traditions autochtones — Poids à donner aux éléments de preuve — Pouvoir d'intervention de la Cour quant aux conclusions de fait du juge de première instance.

Tribunaux — Procédure — Revendications territoriales — Titre aborigène et autonomie gouvernementale — Revendication modifiée mais sans modification formelle des actes de procédure — Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'entendre les revendications?

Les appelants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, revendiquent tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons» des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant la Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants. Le signe le plus important du lien

was a feast hall where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose but is also used for making important decisions.

The trial judge did not accept the appellants' evidence of oral history of attachment to the land. He dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made. On appeal, the original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction were replaced with claims for aboriginal title and self-government, respectively. Second, the individual claims by each House were amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. There were no formal amendments to the pleadings to this effect. The appeal was dismissed by a majority of the Court of Appeal.

The principal issues on the appeal, some of which raised a number of sub-issues, were as follows: (1) whether the pleadings precluded the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government; (2) what was the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge; (3) what is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof; (4) whether the appellants made out a claim to self-government; and, (5) whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*.

Held: The appeal should be allowed in part and the cross-appeal should be dismissed.

spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes.

Le juge de première instance n'a pas accepté les récits oraux que les appelants présentaient comme éléments de preuve de leur attachement au territoire. Il a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générale de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens. En appel, la revendication initiale a été modifiée de deux façons. Premièrement, les revendications relatives à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure. L'appel a été rejeté par la Cour d'appel à la majorité.

Les principales questions dans le pourvoi sont les suivantes: (1) Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale? (2) Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance? (3) Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence? (4) Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale? (5) La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie et le pourvoi incident est rejeté.

Whether the Claims Were Properly Before the Court

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin, and Major JJ.: The claims were properly before the Court. Although the pleadings were not formally amended, the trial judge did allow a *de facto* amendment to permit a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction. The respondents did not appeal this *de facto* amendment and the trial judge's decision on this point must accordingly stand.

No amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the individual Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. The collective claims were simply not in issue at trial and to frame the case on appeal in a different manner would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

A new trial is necessary. First, the defect in the pleadings prevented the Court from considering the merits of this appeal. The parties at a new trial would decide whether any amendment was necessary to make the pleadings conform with the other evidence. Then, too, appellate courts, absent a palpable and overriding error, should not substitute their own findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts. Appellate intervention is warranted, however, when the trial court fails to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when applying the rules of evidence and interpreting the evidence before it.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The amalgamation of the appellants' individual claims technically prevents a consideration of the merits. However, there is a more substantive problem with the pleadings. The appellants sought a declaration of "aboriginal title" but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory. It follows that what the appellants sought by way of declaration and what they set out

La Cour était-elle régulièrement saisie des revendications?

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: La Cour était régulièrement saisie des revendications. Même si les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence. Les intimés n'ont pas interjeté appel contre cette modification *de facto* et la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

Aucune modification n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance, et redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appels.

Il est nécessaire de tenir un nouveau procès. Premièrement, le vice dans les actes de procédure a empêché la Cour d'examiner le fond du pourvoi. Il reviendra aux parties à un nouveau procès de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve. En outre, sauf erreur manifeste et dominante, les cours d'appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance, même lorsque ce dernier a mal saisi le droit qu'il a appliqué aux faits en question. Par contre, une cour d'appel est justifiée d'intervenir dans le cas où le juge de première instance n'a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, lorsqu'il a appliqué les règles de preuve et a interprété la preuve qui lui était présentée.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La fusion des revendications individuelles des appelants a empêché, sur le plan de la forme, la Cour d'examiner le fond de l'affaire. Cependant, les actes de procédure posent un problème encore plus substantiel. Même si les appelants ont sollicité un jugement déclarant l'existence d'un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d'établir qu'ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. Il s'ensuit que ce que les appelants ont demandé à la Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu'ils se sont efforcés d'établir

to prove by way of the evidence were two different matters. A new trial should be ordered.

McLachlin J. was in substantial agreement.

The Ability of the Court to Interfere with the Trial Judge's Factual Findings

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: The factual findings made at trial could not stand because the trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles laid down in *R. v. Van der Peet*. The oral histories were used in an attempt to establish occupation and use of the disputed territory which is an essential requirement for aboriginal title. The trial judge refused to admit or gave no independent weight to these oral histories and then concluded that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the oral histories been correctly assessed, the conclusions on these issues of fact might have been very different.

The Content of Aboriginal Title, How It Is Protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and the Requirements Necessary to Prove It

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land.

Aboriginal title is *sui generis*, and so distinguished from other proprietary interests, and characterized by several dimensions. It is inalienable and cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown. Another dimension of aboriginal title is its sources: its recognition by the *Royal Proclamation, 1763* and the relationship between the common law which recognizes occupation as proof of possession and systems of aboriginal law pre-existing assertion of British sovereignty. Finally, aboriginal title is held communally.

par la preuve, étaient deux choses différentes. La tenue d'un nouveau procès doit être ordonnée.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Le pouvoir de la Cour de modifier les conclusions de fait du juge de première instance

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les conclusions de fait tirées en première instance ne pouvaient être maintenues en raison du fait que le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes établis dans *R. c. Van der Peet*. Ces récits ont été invoqués pour tenter d'établir l'occupation et l'utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

Le contenu du titre aborigène, la façon dont il est protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et les exigences en matière de preuve de son existence

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour différentes fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive. Ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres.

Le titre aborigène est un droit *sui generis*; il se distingue de ce fait des autres intérêts de propriété et est caractérisé par différentes dimensions. Le titre aborigène est inaliénable et ne peut être transféré, cédé ou vendu à personne d'autre que la Couronne. Les origines du titre aborigène constituent une autre dimension de celui-ci: sa reconnaissance par la *Proclamation royale de 1763* et le rapport entre la common law, qui reconnaît l'occupation comme preuve de la possession en droit, et les systèmes juridiques autochtones qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté britannique. Finalement, le titre aborigène est détenu collectivement.

The exclusive right to use the land is not restricted to the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions integral to the claimant group's distinctive aboriginal culture. Canadian jurisprudence on aboriginal title frames the "right to occupy and possess" in broad terms and, significantly, is not qualified by the restriction that use be tied to practice, custom or tradition. The nature of the Indian interest in reserve land which has been found to be the same as the interest in tribal lands is very broad and incorporates present-day needs. Finally, aboriginal title encompasses mineral rights and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation. Such a use is certainly not a traditional one.

The content of aboriginal title contains an inherent limit in that lands so held cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This inherent limit arises because the relationship of an aboriginal community with its land should not be prevented from continuing into the future. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. Land held by virtue of aboriginal title may not be alienated because the land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value. Finally, the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

Aboriginal title at common law was recognized well before 1982 and is accordingly protected in its full form by s. 35(1). The constitutionalization of common law aboriginal rights, however, does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). The existence of an aboriginal right at common law is sufficient, but not

Le droit exclusif d'utiliser les terres ne comprend pas simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit. La jurisprudence canadienne relative au titre aborigène définit le «droit d'occuper et de posséder» en termes généraux et, fait important, ne l'assortit pas d'une réserve le limitant aux utilisations liées à des coutumes, pratiques ou traditions. La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves, qui a été déclaré être le même que leur droit sur les terres tribales, est très générale et intègre les besoins actuels des collectivités autochtones. Finalement, le titre aborigène comprend les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées pour ces ressources, ce qui ne constitue certes pas une utilisation traditionnelle.

Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite intrinsèque découle du fait que rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables parce qu'elles ont en elles-mêmes une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur. Enfin, l'importance de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d'une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l'idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d'une manière que ne permet pas le titre, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

Le titre aborigène a été reconnu en common law bien avant 1982 et est par conséquent protégé dans sa forme complète par le par. 35(1). Toutefois, la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu du par. 35(1). L'existence d'un droit ancestral

necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

Constitutionally recognized aboriginal rights fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right but where the use and occupation of the land where the activity is taking place is not sufficient to support a claim of title to the land. In the middle are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. At the other end of the spectrum is aboriginal title itself which confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities.

Aboriginal title is a right to the land itself. That land may be used, subject to the inherent limitations of aboriginal title, for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title. Section 35(1), since its purpose is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land.

The test for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and the test for the identification of aboriginal title, although broadly similar, are

reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a le cas des droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question mais où l'occupation et l'utilisation du territoire sur lequel l'activité est pratiquée sont insuffisantes pour étayer la revendication du titre sur celui-ci. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu'un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l'existence d'un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s'adonner à une activité particulière. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit, qui confère quelque chose de plus que le droit d'exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L'existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l'existence d'un titre ne peut pas l'être. Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d'établir le bien-fondé de leur revendication d'un titre, mais qu'ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits spécifiques à un site d'exercer des activités particulières.

Le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites inhérentes au titre aborigène, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent. Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, cette disposition doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part.

Bien que le critère applicable pour déterminer l'existence de droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le critère applicable pour détermi-

distinct in two ways. First, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy. Second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. In the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title. The Crown, however, did not gain this title until it asserted sovereignty and it makes no sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed. Aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, the date of sovereignty is more certain than the date of first contact.

Both the common law and the aboriginal perspective on land should be taken into account in establishing the proof of occupancy. At common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources. In considering whether occupation sufficient

ner l'existence d'un titre aborigène comportent de grandes similitudes, ils se distinguent l'un de l'autre de deux façons: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation; deuxièmement, alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. Lorsqu'il est question de titre aborigène, la période de l'affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question et il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé. Le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d'une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n'est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l'arrivée des Européens ou qu'il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, la date de l'affirmation de la souveraineté a un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens.

Tant la common law que le point de vue des autochtones à l'égard du territoire devraient être pris en compte dans la démonstration de l'occupation. En common law, l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en pas-

to ground title is established, the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed must be taken into account. Given the occupancy requirement, it was not necessary to include as part of the test for aboriginal title whether a group demonstrated a connection with the piece of land as being of central significance to its distinctive culture. Ultimately, the question of physical occupation is one of fact to be determined at trial.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation. Since conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. An unbroken chain of continuity need not be established between present and prior occupation. The fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be that the land not be used in ways which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

At sovereignty, occupation must have been exclusive. This requirement flows from the definition of aboriginal title itself, which is defined in terms of the right to exclusive use and occupation of land. The test must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. The requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title can be reconciled by recognizing that joint title can arise from shared exclusivity. As well, shared, non-exclusive aboriginal rights short of aboriginal title but tied to the land and permitting a number of uses can be established if exclusivity cannot be proved. The common law should develop to recognize aboriginal rights as they were rec-

sant par la délimitation et la culture de champs. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées. Compte tenu de l'exigence d'occupation, il n'est pas nécessaire d'inclure dans le critère relatif au titre aborigène la question de savoir si le groupe concerné a démontré que le lien qui le rattache au territoire visé est d'une importance fondamentale pour sa culture distinctive. En définitive, la preuve de l'occupation physique est une question de fait à trancher au procès.

Si l'occupation actuelle est invoquée comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, il faut qu'il y ait une continuité entre l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté et l'occupation actuelle. Étant donné qu'il peut s'avérer difficile d'apporter des éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d'un titre aborigène, des éléments de preuve de l'occupation actuelle comme preuve de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. Il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite entre l'occupation actuelle et l'occupation antérieure. Le fait que la nature de l'occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d'un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être qu'il ne soit pas fait du territoire des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

L'occupation doit avoir été exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Cette exigence d'exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, défini comme étant le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées. Le critère doit prendre en compte le contexte de la société autochtone au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il est possible de concilier l'exigence d'occupation exclusive et l'existence possible d'un titre conjoint en reconnaissant qu'un titre conjoint peut découler d'une exclusivité partagée. De même, l'existence de droits ancestraux non exclusifs partagés ne constituant pas un titre, mais par ailleurs liés au territoire et permettant certaines utilisations, peut être établie, même si l'exclusivité ne peut être prouvée. La common law doit évoluer pour reconnaître les droits ancestraux qui étaient reconnus soit par

ognized by either *de facto* practice or by aboriginal systems of governance.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: “Aboriginal title” is based on the continued occupation and use of the land as part of the aboriginal peoples’ traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. It is personal in that it is generally inalienable except to the Crown and, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat the aboriginal peoples fairly. There is reluctance to define more precisely the right of aboriginal peoples to live on their lands as their forefathers had lived.

The approach to defining the aboriginal right of occupancy is highly contextual. A distinction must be made between (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. The latter has been defined as the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose. By contrast, a general claim to occupy and possess vast tracts of territory is the right to use the land for a variety of activities related to the aboriginal society’s habits and mode of life. As well, in defining the nature of “aboriginal title”, reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing with reserve lands.

In defining the nature of “aboriginal title”, reference need not be made to statutory provisions and regulations dealing specifically with reserve lands. Though the interest of an Indian band in a reserve has been found to be derived from, and to be of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands, it does not follow that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands.

The “key” factors for recognizing aboriginal rights under s. 35(1) are met in the present case. First, the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. When dealing with a claim of “aboriginal

une pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Le «titre aborigène» se fonde sur l’occupation et l’utilisation ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n’équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. Il est personnel en ce sens qu’il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne qui, dans ses opérations concernant un tel droit, est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. On hésite à définir avec plus de précision le droit des peuples autochtones de continuer à vivre sur leurs terres comme l’avaient fait leurs ancêtres.

Le point de vue adopté pour définir le droit d’occupation ancestral est éminemment contextuel. Il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d’un droit général d’occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d’un droit distinct d’exercer une activité autochtone dans une région particulière. Ce dernier aspect a été défini comme étant l’utilisation traditionnelle — remontant avant l’arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d’un territoire donné, à une fin particulière. À l’opposé, une revendication générale visant le droit d’occuper et de posséder de vastes étendues de territoire concerne le droit d’utiliser ces terres pour y exercer différentes activités liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone concernée. En outre, en définissant la nature du «titre aborigène», il n’est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves.

En définissant la nature du «titre aborigène», il n’est pas nécessaire de se référer aux dispositions législatives et réglementaires visant spécifiquement les terres des réserves. Même s’il a été jugé que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, il ne s’ensuit aucunement que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s’appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles.

Il est satisfait, dans le présent pourvoi, aux facteurs «clés» permettant de reconnaître des droits ancestraux en vertu du par. 35(1). Premièrement, la nature d’une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Le

title”, the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society’s traditional way of life.

Second, an aboriginal society must specify the area that has been continuously used and occupied by identifying general boundaries. Exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. It is possible that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and therefore a finding of joint occupancy would not be precluded.

Third, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands since the assertion of Crown sovereignty. However, the date of sovereignty may not be the only relevant time to consider. Continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area. Also, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, it is not necessary to establish an unbroken chain of continuity.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, the land is of central significance to them. Aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas but also to the use of adjacent lands and even remote territories used to pursue a traditional mode of life. Occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. The *Royal Proclamation, 1763* supports this approach to occupancy.

McLachlin J. was in substantial agreement.

Infringements of Aboriginal Title: The Test of Justification

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major JJ.: Constitutionally recognized aboriginal rights are not absolute and may be infringed by the federal and pro-

tribunal qui examine la revendication d’un «titre aborigène» se demande principalement si l’occupation et l’utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée.

Deuxièmement, la société autochtone doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue en indiquant les limites générales. L’exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu’il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d’une autre société autochtone avec laquelle il n’a aucun lien. Comme il est possible que deux groupes autochtones ou plus aient occupé le même territoire, il est donc possible de conclure à l’existence d’une occupation conjointe.

Troisièmement, le droit de possession ancestral se fonde sur l’occupation et l’utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles depuis l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté. Cependant, il est possible que la date de l’affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Il peut encore y avoir continuité lorsque l’occupation actuelle d’une région est liée à l’occupation d’une autre région avant l’affirmation de la souveraineté. En outre, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l’occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’une continuité parfaite.

Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d’occuper et d’utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, ce territoire a une importance fondamentale pour eux. La notion d’occupation d’un territoire par des autochtones ne s’entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents, mais également de l’utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d’un mode de vie traditionnel. L’occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s’intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Cette approche relative à la nature de l’occupation est étayée par la *Proclamation royale de 1763*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Les droits ancestraux reconnus et confirmés par la Constitution ne sont pas absolus, et tant le gouver-

vincial governments if the infringement (1) furthers a compelling and substantial legislative objective and (2) is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and the aboriginal peoples. The development of agriculture, forestry, mining and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, and the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are objectives consistent with this purpose. Three aspects of aboriginal title are relevant to the second part of the test. First, the right to exclusive use and occupation of land is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. Second, the right to choose to what uses land can be put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples, suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation and, in most cases, the duty will be significantly deeper than mere consultation. And third, lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component which suggests that compensation is relevant to the question of justification as well. Fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: Rights that are recognized and affirmed are not absolute. Government regulation can therefore infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). The approach is highly contextual.

The general economic development of the interior of British Columbia, through agriculture, mining, forestry and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations, are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis. Under the second part, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with

nement fédéral que les gouvernements provinciaux peuvent y porter atteinte si (1) l'atteinte au droit ancestral visé se rapporte à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel; (2) l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. L'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents quant à la deuxième étape du critère. Premièrement, le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées est pertinent pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Deuxièmement, le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones, indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation et, dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable qui montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification. Il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus. Des mesures de réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux si elles satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). La méthode adoptée est éminemment contextuelle.

Le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ce développement sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification. Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples

the honour and good faith of the Crown. One aspect of accommodation of “aboriginal title” entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect is fair compensation.

McLachlin J. was in substantial agreement.

Self-Government

Per The Court: The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, made it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government had been made out.

Extinguishment

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Major J.J.: Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (the federal power to legislate in respect of Indians) carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title, and by implication, the jurisdiction to extinguish it. The ownership by the provincial Crown (under s. 109) of lands held pursuant to aboriginal title is separate from jurisdiction over those lands. Notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands.

A provincial law of general application cannot extinguish aboriginal rights. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard “of clear and plain intention” needed to extinguish aboriginal rights without being *ultra vires* the province. Second, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on “Indianness” or the “core of Indianness”.

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore* are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act* which incorporates by reference provincial laws of general application. This provision, however, does not “invigorate” provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands.

autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l’obligation de la Couronne d’agir honorablement et de bonne foi. L’un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

L’autonomie gouvernementale

La Cour: En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour la Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l’autonomie gouvernementale a été établi.

L’extinction

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Major: Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (le pouvoir du fédéral de légiférer sur les Indiens) emporte le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène et par implication, celui d’éteindre ce titre. Le droit de propriété de la province sur les terres détenues en vertu d’un titre aborigène (en vertu de l’art. 109) est distinct de la compétence exercée à l’égard de ces terres. Malgré le par. 91(24), les lois provinciales d’application générale s’appliquent *proprio vigore* (d’elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes.

Une loi provinciale d’application générale ne peut pas éteindre des droits ancestraux. Premièrement, par définition, une loi provinciale d’application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme de l’«intention claire et expresse» établie à l’égard de l’extinction des droits ancestraux. Deuxièmement, le par. 91(24) protège le fondement de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d’application générale, par l’application du principe de l’exclusivité des compétences. Il a été dit que ce fondement se rapporte à des questions touchant à la «quiddité indienne», ou indianité, ou à l’«essentiel de l’indianité».

Des règles de droit provinciales qui autrement ne s’appliqueraient pas d’elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l’effet de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi les lois provinciales d’application générale. Cependant, cette disposition ne «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu’elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: The province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

McLachlin J. was in substantial agreement.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, aff'g sub nom. *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; referred to: *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451; *R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285.

By La Forest J.

Considered: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: La province n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les indiens*.

Le juge McLachlin est largement en accord avec ces motifs.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, conf. sub nom. *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés:** *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *Uukw c. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941); *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451; *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285.

Citée par le juge La Forest

Arrêts examinés: *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2

507; *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; referred to: *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, aff'g *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(24), 109.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 18, 88.
Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. I-7, s. 6(2).
Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No.1.
Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (Oregon Boundary Treaty, 1846), TS 120.

Authors Cited

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vols. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) and 2 (*Restructuring the Relationship*). Ottawa: The Commission, 1996.
 Gagne, Jocelyn. "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
 Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382.
 McLeod, Clay. "The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276.
 McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
 McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

R.C.S. 507; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; arrêts mentionnés: *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774; *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, conf. *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24), 109.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. I-7, art. 6(2).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 18, 88.
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.
Treaty Between Her Majesty And The United States Of America, For The Settlement Of The Oregon Boundary (Oregon Boundary Treaty, 1846), TS 120.

Doctrine citée

Burn, E. H. *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 14th ed. London: Butterworths, 1988.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (*Un passé, un avenir*) et 2 (*Une relation à redéfinir*). Ottawa: La Commission, 1996.
 Gagne, Jocelyn. «The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim» (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
 Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. *Phipson on Evidence*, 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990.
 Macklem, Patrick. «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382.
 McLeod, Clay. «The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276.
 McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.
 McNeil, Kent. «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255.

- McNeil, Kent. "The Meaning of Aboriginal Title". In Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Vancouver: U.B.C. Press, 1997.
- Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Stevens, 1975.
- O'Reilly, James. "La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones" (1984), 25 *C. de D.* 125.
- Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 707.
- Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314.
- Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
- Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.
- Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.
- McNeil, Kent. «The Meaning of Aboriginal Title». In Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*. Vancouver: U.B.C. Press, 1997.
- Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. *The Law of Real Property*, 4th ed. London: Stevens, 1975.
- O'Reilly, James. «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125.
- Pentney, William. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207.
- Sanders, Douglas. «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 779.
- Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314.
- Slattery, Brian. *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*. Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983.
- Slattery, Brian. «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232.
- Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 30 B.C.A.C. 1, 49 W.A.C. 1, 104 D.L.R. (4th) 470, [1993] 5 W.W.R. 97, [1993] 5 C.N.L.R. 1, [1993] B.C.J. No. 1395 (QL), varying an order of McEachern C.J., [1991] 3 W.W.R. 97, [1991] 5 C.N.L.R. xiii, (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, [1991] B.C.J. No. 525 (QL), and dismissing British Columbia's cross-appeal as abandoned. Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Stuart Rush, Q.C., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell and David Paterson, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs *et al.*

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk and Joseph C. McArthur, for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs *et al.*

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 30 B.C.A.C. 1, 49 W.A.C. 1, 104 D.L.R. (4th) 470, [1993] 5 W.W.R. 97, [1993] 5 C.N.L.R. 1, [1993] B.C.J. No. 1395 (QL), modifiant une ordonnance du juge en chef McEachern, [1991] 3 W.W.R. 97, [1991] 5 C.N.L.R. xiii, (1991), 79 D.L.R. (4th) 185, [1991] B.C.J. No. 525 (QL), et rejetant le pourvoi incident de la Colombie-Britannique pour cause d'abandon. Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

Stuart Rush, c.r., Peter Grant, Michael Jackson, Louise Mandell et David Paterson, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur, pour les appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres.

Joseph J. Arvay, Q.C., Mark G. Underhill and Brenda Edwards, for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.

Graham Garton, Q.C., Judith Bowers, Q.C., Murray T. Wolf and Geoffrey S. Lester, for the respondent the Attorney General of Canada.

Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg and Jean Teillet, for the intervener the First Nations Summit.

Jack Woodward and Albert C. Peeling, for the intervener the Westbank First Nation.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joanne R. Lysyk and Joseph C. McArthur, for the interveners the Musqueam Nation *et al.*

J. Keith Lowes, for the interveners the B.C. Cattlemen's Association *et al.*

Charles F. Willms, for the intervener Skeena Cellulose Inc.

J. Edward Gouge, Q.C., and Jill M. Marks, for the intervener Alcan Aluminium Ltd.

The judgment of Lamer C.J. and Cory and Major J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

¹ This appeal is the latest in a series of cases in which it has fallen to this Court to interpret and apply the guarantee of existing aboriginal rights found in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Although that line of decisions, commencing with *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, proceeding through the *Van der Peet* trilogy (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, and *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723), and ending in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101, and *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, have laid down the jurisprudential framework for s. 35(1), this appeal raises a set of

Joseph J. Arvay, c.r., Mark G. Underhill et Brenda Edwards, pour l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Graham Garton, c.r., Judith Bowers, c.r., Murray T. Wolf et Geoffrey S. Lester, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Arthur Pape, Harry A. Slade, Peter Hogg et Jean Teillet, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Jack Woodward et Albert C. Peeling, pour l'intervenante la Première nation de Westbank.

Marvin R. V. Storrow, c.r., Joanne R. Lysyk et Joseph C. McArthur, pour les intervenants la Nation Musqueam et autres.

J. Keith Lowes, pour les intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres.

Charles F. Willms, pour l'intervenante Skeena Cellulose Inc.

J. Edward Gouge, c.r., et Jill M. Marks, pour l'intervenante Alcan Aluminium Ltée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

Le présent pourvoi est le plus récent d'une série d'affaires où notre Cour a été appelée à interpréter et à appliquer la garantie relative aux droits ancestraux existants prévue au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que cette série de décisions — qui a commencé par l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, s'est poursuivie par la trilogie *Van der Peet* (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723), et s'est terminée par les arrêts *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101, et *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 — ait établi le cadre jurisprudentiel d'analyse du

interrelated and novel questions which revolve around a single issue — the nature and scope of the constitutional protection afforded by s. 35(1) to common law aboriginal title.

In *Adams*, and in the companion decision in *Côté*, I considered and rejected the proposition that claims to aboriginal rights must also be grounded in an underlying claim to aboriginal title. But I held, nevertheless, that aboriginal title was a distinct species of aboriginal right that was recognized and affirmed by s. 35(1). Since aboriginal title was not being claimed in those earlier appeals, it was unnecessary to say more. This appeal demands, however, that the Court now explore and elucidate the implications of the constitutionalization of aboriginal title. The first is the specific content of aboriginal title, a question which this Court has not yet definitively addressed, either at common law or under s. 35(1). The second is the related question of the test for the proof of title, which, whatever its content, is a right in land, and its relationship to the definition of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) in *Van der Peet* in terms of activities. The third is whether aboriginal title, as a right in land, mandates a modified approach to the test of justification first laid down in *Sparrow* and elaborated upon in *Gladstone*.

In addition to the relationship between aboriginal title and s. 35(1), this appeal also raises an important practical problem relevant to the proof of aboriginal title which is endemic to aboriginal rights litigation generally — the treatment of the oral histories of Canada's aboriginal peoples by the courts. In *Van der Peet*, I held that the common law rules of evidence should be adapted to take into account the *sui generis* nature of aboriginal

par. 35(1), le présent pourvoi soulève un ensemble de nouvelles questions interreliées, qui concernent une seule et même question — la nature et la portée de la protection constitutionnelle accordée par le par. 35(1) au titre aborigène reconnu en common law.

Dans *Adams*, ainsi que dans l'arrêt connexe *Côté*, j'ai examiné et rejeté l'argument voulant qu'une revendication visant des droits ancestraux doive aussi s'appuyer sur une revendication sous-jacente visant un titre aborigène. J'ai néanmoins conclu que le titre aborigène était une espèce distincte de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). Comme aucun titre aborigène n'était revendiqué dans ces pourvois antérieurs, il n'était pas nécessaire d'en dire davantage. Cependant, dans le cadre du présent pourvoi, la Cour doit examiner et élucider les conséquences de la constitutionnalisation du titre aborigène. La première conséquence a trait au contenu précis du titre aborigène, question à laquelle notre Cour n'a pas encore répondu de manière définitive, tant au regard de la common law que du par. 35(1). La deuxième est la question connexe du critère applicable pour faire la preuve du titre qui, quel que soit son contenu, est un droit foncier, et de sa relation avec la définition des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) qui a été donnée dans *Van der Peet* en fonction de la notion d'activités. La troisième est la question de savoir si le titre aborigène, en tant que droit foncier, commande une approche modifiée à l'égard du critère de justification qui d'abord a été énoncé dans *Sparrow* puis précisé dans *Gladstone*.

En plus du rapport entre le titre aborigène et le par. 35(1), le présent pourvoi soulève aussi un problème pratique important en matière de preuve du titre aborigène, problème généralement commun à tout litige portant sur des droits ancestraux, soit le traitement réservé par les tribunaux aux récits oraux des peuples autochtones du Canada. Dans *Van der Peet*, j'ai conclu que les règles de la common law en matière de preuve devaient être adaptées pour tenir compte du caractère *sui generis* des droits ancestraux. Dans le présent pourvoi, notre

2

3

rights. In this appeal, the Court must address what specific form those modifications must take.

4 Finally, given the existence of aboriginal title in British Columbia, this Court must address, on cross-appeal, the question of whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Moreover, if the province was without this jurisdiction, a further question arises — whether provincial laws of general application that would otherwise be inapplicable to Indians and Indian lands could nevertheless extinguish aboriginal rights through the operation of s. 88 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

II. Facts

5 At the British Columbia Supreme Court, McEachern C.J. heard 374 days of evidence and argument. Some of that evidence was not in a form which is familiar to common law courts, including oral histories and legends. Another significant part was the evidence of experts in genealogy, linguistics, archeology, anthropology, and geography.

6 The trial judge's decision (reported at [1991] 3 W.W.R. 97) is nearly 400 pages long, with another 100 pages of schedules. Although I am of the view that there must be a new trial, I nevertheless find it useful to summarize some of the relevant facts, so as to put the remainder of the judgment into context.

A. *The Claim at Trial*

7 This action was commenced by the appellants, who are all Gitksan or Wet'suwet'en hereditary chiefs, who, both individually and on behalf of their "Houses" claimed separate portions of 58,000 square kilometres in British Columbia. For the purpose of the claim, this area was divided into

Cour doit se demander quelle forme précise doivent prendre ces modifications.

Finalement, vu l'existence du titre aborigène en Colombie-Britannique, notre Cour doit examiner, dans un pourvoi incident, la question de savoir si, à compter de son entrée dans la Confédération en 1871 jusqu'à l'inscription du par. 35(1) dans la Constitution en 1982, la province de la Colombie-Britannique a eu le pouvoir d'éteindre, sur son territoire, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. En outre, si la province n'avait pas ce pouvoir, se pose alors une autre question: est-ce que les lois provinciales d'application générale, qui seraient normalement inapplicables aux Indiens et à leurs terres, pourraient néanmoins éteindre les droits ancestraux sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

II. Les faits

En Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a présidé à 374 jours de déposition et d'argumentation. Une partie de la preuve n'était pas dans une forme familière aux tribunaux de common law et comportait notamment des récits oraux et des légendes. Un autre bloc considérable d'éléments de preuve était constitué de témoignages d'experts en généalogie, en linguistique, en archéologie, en anthropologie et en géographie.

La décision du juge de première instance (publié à [1991] 3 W.W.R. 97) compte près de 400 pages, auxquelles s'ajoute une autre centaine de pages d'annexes. Même si je suis d'avis qu'il faut un nouveau procès, je crois néanmoins utile de résumer certains des faits pertinents, de manière à mettre en contexte le reste du jugement.

A. *La revendication au procès*

La présente action a été engagée par les appellants, tous des chefs héréditaires Wet'suwet'en ou Gitksan, qui, tant en leur propre nom qu'au nom de leurs «maisons», revendiquent des parties distinctes d'un territoire de 58 000 kilomètres carrés situé en Colombie-Britannique. Aux fins de la revendication

133 individual territories, claimed by the 71 Houses. This represents all of the Wet'suwet'en people, and all but 12 of the Gitksan Houses. Their claim was originally for "ownership" of the territory and "jurisdiction" over it. (At this Court, this was transformed into, primarily, a claim for aboriginal title over the land in question.) The province of British Columbia counterclaimed for a declaration that the appellants have no right or interest in and to the territory or alternatively, that the appellants' cause of action ought to be for compensation from the Government of Canada.

B. *The Gitksan and Wet'suwet'en Peoples*

(1) Demography

The Gitksan consist of approximately 4,000 to 5,000 persons, most of whom now live in the territory claimed, which is generally the watersheds of the north and central Skeena, Nass and Babine Rivers and their tributaries. The Wet'suwet'en consist of approximately 1,500 to 2,000 persons, who also predominantly live in the territory claimed. This territory is mainly in the watersheds of the Bulkley and parts of the Fraser-Nechako River systems and their tributaries. It lies immediately east and south of the Gitksan.

Of course, the Gitksan and Wet'suwet'en are not the only people living in the claimed territory. As noted by both McEachern C.J. at trial (at p. 440) and Lambert J.A. on appeal (at p. 243), there are other aboriginals who live in the claimed territory, notably the Carrier-Sekani and Nishga peoples. Some of these people have unsettled land claims overlapping with the territory at issue here. Moreover, there are also numerous non-aboriginals living there. McEachern C.J. found that, at the time of the trial, the non-aboriginal population in the territory was over 30,000.

cation, ce grand territoire a été divisé en 133 territoires distincts, revendiqués par les 71 maisons. Y sont représentés tous les Wet'suwet'en et toutes les maisons Gitksan, à l'exception de 12. Initialement, les appelants revendiquaient la «propriété» du territoire et la «compétence» sur celui-ci. (Devant notre Cour, cette revendication a changé et est devenue principalement la revendication d'un titre aborigène sur le territoire en question.) La province de la Colombie-Britannique a présenté une demande reconventionnelle dans laquelle elle sollicite une déclaration portant que les appelants n'ont aucun droit ou intérêt dans le territoire, ou, subsidiairement, que la cause d'action des appelants devrait être l'obtention d'une indemnité de la part du gouvernement du Canada.

B. *Les Gitksan et les Wet'suwet'en*

(1) La démographie

Les Gitksan sont un groupe d'environ 4 000 à 5 000 personnes, dont la plupart vivent maintenant dans le territoire revendiqué, c'est-à-dire de façon générale le bassin centre-nord des rivières Skeena, Nass et Babine et de leurs affluents. Les Wet'suwet'en, qui sont environ 1 500 à 2 000, habitent eux aussi de façon prédominante le territoire revendiqué. Leur territoire est situé principalement dans le bassin de la rivière Bulkley et, en partie, dans le système hydrographique formé par les rivières Fraser et Nechako et leurs affluents. Ce territoire se trouve immédiatement à l'est et au sud de celui des Gitksan.

Les Gitksan et les Wet'suwet'en ne sont évidemment pas les seules personnes vivant dans le territoire revendiqué. Comme l'ont souligné tant le juge en chef McEachern en première instance (à la p. 440) que le juge Lambert en appel (à la p. 243), d'autres autochtones vivent sur ce territoire, notamment les Carrier-Sekani et les Nishga. Certains d'entre eux ont des revendications territoriales pendantes qui chevauchent en partie le territoire en cause dans la présente affaire. En outre, de nombreux non-autochtones y vivent. Le juge en chef McEachern a conclu que, au moment du procès, la population non autochtone du territoire dépassait 30 000 personnes.

(2) History

10 There were numerous theories of the history of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples before the trial judge. His conclusion from the evidence was that their ancestors migrated from Asia, probably through Alaska, and spread south and west into the areas which they found to be liveable. There was archeological evidence, which he accepted, that there was some form of human habitation in the territory and its surrounding areas from 3,500 to 6,000 years ago, and intense occupation of the Hagwilget Canyon site (near Hazelton), prior to about 4,000 to 3,500 years ago. This occupation was mainly in or near villages on the Skeena River, the Babine River or the Bulkley River, where salmon, the staple of their diet, was easily obtainable. The other parts of the territory surrounding and between their villages and rivers were used for hunting and gathering for both food and ceremonial purposes. The scope of this hunting and gathering area depended largely on the availability of the required materials in the areas around the villages. Prior to the commencement of the fur trade, there was no reason to travel far from the villages for anything other than their subsistence requirements.

(3) North American Exploration

11 There was little European influence in western Canada until the arrival of Capt. Cook at Nootka on Vancouver Island in 1778, which led to the sea otter hunt in the north Pacific. This influence grew with the establishment of the first Hudson's Bay trading post west of the Rockies (although east of the territories claimed) by Simon Fraser in 1805-1806. Trapping for the commercial fur trade was not an aboriginal practice, but rather one influenced by European contact. The trial judge held that the time of direct contact between the Aboriginal Peoples in the claimed territory was approximately 1820, after the trader William Brown

(2) L'histoire

De nombreuses thèses ont été présentées au juge de première instance sur l'histoire des Gitksan et des Wet'suwet'en. De la preuve présentée, il a conclu que leurs ancêtres ont émigré d'Asie, probablement en passant par l'Alaska, et qu'ils se sont dispersés au sud et à l'ouest dans les régions qu'ils jugèrent habitables. Il a accepté des éléments de preuve archéologique indiquant que le territoire et ses alentours ont connu une certaine forme d'occupation humaine il y a de 3 500 à 6 000 ans et qu'il y a eu une occupation intense du site du canyon Hagwilget (près de Hazelton) il y a plus de 4 000 à 3 500 ans. Cette occupation s'est faite principalement dans des villages ou près de villages situés sur les rivières Skeena, Babine ou Bulkley, où le saumon, l'élément principal de leur régime alimentaire, était abondant. Les autres parties du territoire, autour des villages et des rivières ou entre ceux-ci, étaient utilisées pour la chasse et la cueillette tant à des fins alimentaires que rituelles. L'étendue de ce territoire de chasse et de cueillette était largement tributaire de la disponibilité des denrées requises autour des villages. Avant le début du commerce des fourrures, les personnes qui habitaient les villages n'avaient aucune raison de s'en éloigner si ce n'était pour assurer leur subsistance.

(3) L'exploration de l'Amérique du Nord

L'influence européenne ne s'est vraiment fait sentir dans l'Ouest du Canada qu'à l'arrivée du capitaine Cook à Nootka, sur l'île de Vancouver, en 1778, événement qui a entraîné la chasse à la loutre de mer dans le Pacifique Nord. Cette influence a crû par suite de l'établissement du premier poste de traite de la Baie d'Hudson à l'ouest des Rocheuses (quoiqu'à l'est des territoires revendiqués) par Simon Fraser en 1805 et 1806. Le trapage des fourrures à des fins commerciales n'était pas une pratique autochtone, mais plutôt une pratique qui a été induite par le contact avec les Européens. Le juge de première instance a statué que la date approximative du contact direct entre les peuples autochtones habitant le territoire revendiqué et les Européens était 1820, après l'arrivée

arrived and Hudson's Bay had merged with the North West Company.

(4) Present Social Organization

McEachern C.J. set out a description of the present social organization of the appellants. In his opinion, this was necessary because "one of the ingredients of aboriginal land claims is that they arise from long-term communal rather than personal use or possession of land" (at p. 147). The fundamental premise of both the Gitksan and the Wet'suwet'en peoples is that they are divided into clans and Houses. Every person born of a Gitksan or Wet'suwet'en woman is automatically a member of his or her mother's House and clan. There are four Gitksan and four Wet'suwet'en clans, which are subdivided into Houses. Each House has one or more Hereditary Chief as its titular head, selected by the elders of their House, as well as possibly the Head Chief of the other Houses of the clan. There is no head chief for the clans, but there is a ranking order of precedence within communities or villages, where one House or clan may be more prominent than others.

At trial, the appellants' claim was based on their historical use and "ownership" of one or more of the territories. The trial judge held that these are marked, in some cases, by physical and tangible indicators of their association with the territories. He cited as examples totem poles with the Houses' crests carved, or distinctive regalia. In addition, the Gitksan Houses have an "adaawk" which is a collection of sacred oral tradition about their ancestors, histories and territories. The Wet'suwet'en each have a "kungax" which is a spiritual song or dance or performance which ties them to their land. Both of these were entered as evidence on behalf of the appellants (see my discussion of the trial judge's view of this evidence, *infra*).

The most significant evidence of spiritual connection between the Houses and their territory is a

du commerçant William Brown et la fusion de la Baie d'Hudson et de la Compagnie du Nord-Ouest.

(4) L'organisation sociale actuelle

Le juge en chef McEachern a décrit l'organisation sociale actuelle des appelants. À son avis, il était nécessaire de le faire parce que [TRADUCTION] «l'un des éléments des revendications territoriales des autochtones est qu'elles reposent sur une longue utilisation ou possession collective — plutôt qu'individuelle — du territoire» (à la p. 147). La caractéristique fondamentale de l'organisation sociale des Gitksan et des Wet'suwet'en est qu'ils sont divisés en clans et en maisons. Toute personne dont la mère est Gitksan ou Wet'suwet'en est d'office membre de la maison et du clan de sa mère. Il y a quatre clans Gitksan et quatre clans Wet'suwet'en, clans qui sont subdivisés en maisons. Chaque maison compte un ou plusieurs chefs héréditaires qui agissent à titre de chef titulaire et sont choisis par les aînés de leur maison, et aussi, parfois, par le grand chef des autres maisons du clan. Le clan n'a pas de grand chef, mais il y a un ordre de préséance au sein des collectivités ou des villages où une maison ou un clan prédomine.

Au procès, les appelants ont fondé leur revendication sur la «propriété» et l'utilisation historiques d'un ou de plusieurs des territoires. Le juge de première instance a conclu que, dans certains cas, ces faits sont marqués par des indices physiques et tangibles de l'association des individus avec les territoires visés. Il a donné comme exemples les mâts totémiques sculptés aux emblèmes ou insignes distinctifs des maisons. En outre, les maisons Gitksan ont un «adaawk», c'est-à-dire un ensemble de traditions orales sacrées au sujet de leurs ancêtres, de leur histoire et de leurs territoires. Chaque maison Wet'suwet'en possède un «kungax», c'est-à-dire un chant, une danse ou une représentation spirituelle qui les rattache à leur territoire. Ces deux éléments ont été déposés en preuve au nom des appelants (voir, plus loin, mon analyse de l'opinion du juge de première instance sur ces éléments de preuve).

Le signe le plus important du lien spirituel entre les différentes maisons et leur territoire est la salle

12

13

14

feast hall. This is where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples tell and retell their stories and identify their territories to remind themselves of the sacred connection that they have with their lands. The feast has a ceremonial purpose, but is also used for making important decisions. The trial judge also noted the *Criminal Code* prohibition on aboriginal feast ceremonies, which existed until 1951.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*

(1) General Principles

15 The trial judge began his analysis by considering the significant cases in this area: *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518 (T.D.), *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, and *Sparrow*, *supra*. On the basis of this jurisprudence, he set out four propositions of law. First, aboriginal interests arise out of occupation or use of specific land for aboriginal purposes for an indefinite or long, long time before the assertion of sovereignty. Second, aboriginal interests are communal, consisting of subsistence activities and are not proprietary. Third, at common law, aboriginal rights exist at the pleasure of the Crown and may be extinguished when the intention of the Crown is clear and plain. This power reposed with the Imperial Crown during the colonial period. Upon Confederation the province obtained title to all Crown land in the province subject to the "interests" of the Indians. Finally, unextinguished aboriginal rights are not absolute. Crown action and aboriginal rights may, in proper circumstances, be reconciled. Generally speaking, aboriginal rights may be regulated by the Crown only when such regulation operates to interfere with aboriginal rights pursuant to legitimate Crown objectives which can honourably be justified, without undue interference with such rights. Moreover, when regulating, government must be mindful of the appropriate level

des célébrations. C'est là que les Wet'suwet'en et les Gitksan disent et redisent leurs récits et identifient leurs territoires afin de se rappeler le lien sacré qu'ils entretiennent avec leurs terres. Ces célébrations ont une fin rituelle, mais elles sont aussi l'occasion de prise de décisions importantes. Le juge de première instance a également souligné que, jusqu'en 1951, le *Code criminel* interdisait les cérémonies rituelles autochtones.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

(1) Principes généraux

Le juge de première instance a commencé son analyse par l'examen des décisions importantes dans le domaine: *St. Catharines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518 (1^{re} inst.), *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, et *Sparrow*, précité. Se fondant sur cette jurisprudence, il a énoncé quatre propositions de droit. Premièrement, les droits ancestraux découlent de l'occupation ou de l'utilisation, à des fins autochtones, d'un territoire précis pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, les droits ancestraux sont des droits collectifs, qui consistent en des activités de subsistance et non en des droits de propriété. Troisièmement, en common law, les droits ancestraux existent selon le bon plaisir de la Couronne et ils peuvent être éteints lorsque l'intention de la Couronne de le faire est claire et expresse. C'est la Couronne impériale qui détenait ce pouvoir au cours de la période coloniale. À la Confédération, la province a obtenu le titre relatif à toutes les terres publiques situées dans la province sous réserve de tout «intérêt» des Indiens. Finalement, les droits ancestraux non éteints ne sont pas absolus. Dans les circonstances appropriées, il est possible de concilier les actes de la Couronne et les droits ancestraux. De façon générale, les droits ancestraux peuvent être réglés par l'État,

of priority which aboriginal rights have over competing, inconsistent activities.

With respect to the appellants' claims, McEachern C.J. divided his analysis into three parts: (1) jurisdiction over the territory; (2) ownership of the territory; and (in the alternative) (3) particular aboriginal rights over the territory. In the ownership claim, the appellants asserted they were "absolutely entitled to occupy and possess the individual territories" claimed (at p. 126). The claim to jurisdiction was understood by the trial judge as comprising jurisdiction over land and people in the territory, and amounted to aboriginal sovereignty, a right to "govern the territory free of provincial control in all matters where their aboriginal laws conflict with the general law" (at p. 128). Although the claim advanced at trial was advanced by individual chiefs on behalf of themselves or their House members, the trial judge held that since aboriginal rights are communal in nature, any judgment must be for the benefit of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples generally.

(2) Aboriginal Ownership

McEachern C.J. started from the proposition, for which he cited *St. Catharines Milling*, that aboriginal rights are not proprietary in nature, but rather "personal and usufructuary", and dependent upon the good will of the Sovereign. He was satisfied that at the date of British sovereignty, the appellants' ancestors were living in their villages on the great rivers, in a form of communal society. He was satisfied that they were occupying or possessing fishing sites and the adjacent lands, as their ancestors had done for the purpose of hunting and

mais seulement si cette réglementation ne porte pas atteinte de manière excessive à ces droits et qu'elle vise la poursuite par l'État d'objectifs légitimes qui peuvent être honorablement justifiés. En outre, lorsqu'il régleme des activités, le gouvernement doit tenir compte du degré de priorité approprié qui doit être accordé à l'exercice de droits ancestraux sur l'exercice d'autres activités concurrentes et incompatibles.

Le juge en chef McEachern a divisé son analyse des revendications des appelants en trois parties: (1) la compétence sur le territoire; (2) la propriété du territoire; (3) (subsidièrement) les droits ancestraux particuliers visant le territoire. Dans leur revendication de la propriété, les appelants ont affirmé qu'ils avaient [TRADUCTION] «le droit absolu à la possession et à l'occupation des différents territoires» revendiqués (à la p. 126). Le juge de première instance a considéré que la revendication relative à la compétence visait la compétence sur le territoire et sur les personnes l'habitant, et qu'elle équivalait à la souveraineté autochtone, c'est-à-dire au droit de [TRADUCTION] «gouverner le territoire, libre de tout contrôle provincial sur les diverses questions où leurs règles de droit entrent en conflit avec le droit d'application générale» (à la p. 128). Bien que, en première instance, la revendication ait été présentée par chacun des chefs, en son propre nom et au nom des membres de sa maison, le juge de première instance a conclu que, vu la nature collective des droits ancestraux, tout jugement doit être prononcé au bénéfice des Gitksan et des Wet'suwet'en en général.

(2) La propriété autochtone

Le juge en chef McEachern est parti de la proposition — au soutien de laquelle il a cité l'arrêt *St. Catharines Milling* — que les droits ancestraux ne sont pas, par nature, des droits de propriété, mais plutôt des droits «personnels et usufructuaires», tributaires du bon vouloir du souverain. Il était convaincu que, au moment de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques, les ancêtres des appelants vivaient dans leurs villages en bordure des grandes rivières, dans une forme de société communautaire. Il était convaincu qu'ils

gathering that which they required for sustenance. However, he was not satisfied that they owned the territory in its entirety in any sense that would be recognized by the law.

18

There were several specific claims of the plaintiffs as to their uses of the land before the assertion of sovereignty. He concluded that the appellants' ancestors lived within the territory, but predominantly at the village sites. He accepted, at p. 372, that they harvested the resources of the lands, but that there was only evidence of "commonsense subsistence practices . . . entirely compatible with bare occupation for the purposes of subsistence". He was not persuaded that there was any system of governance or uniform custom relating to land outside the villages. He refused to accept that the spiritual beliefs exercised within the territory were necessarily common to all the people or that they were universal practices. He was not persuaded that the present institutions of the plaintiffs' society were recognized by their ancestors. Rather, he found, at p. 373, that "they more likely acted as they did because of survival instincts". He stated that the maintenance and protection of the boundaries were unproven because of the numerous intrusions into the territory by other peoples. The oral histories, totem poles and crests were not sufficiently reliable or site specific to discharge the plaintiff's burden of proof. Although McEachern C.J. recognized the social importance of the feast system and the fact that it evolved from earlier practices, he did not accept its role in the management and allocation of lands, particularly after the fur trade. McEachern C.J. concluded, at p. 383, that "I cannot infer from the evidence that the Indians possessed or controlled any part of the territory, other than for village sites and for aboriginal

occupaient et possédaient des sites de pêche et les terres adjacentes, comme leurs ancêtres l'avaient fait pour y chasser et y cueillir ce dont ils avaient besoin pour assurer leur subsistance. Cependant, il n'était pas convaincu qu'ils étaient propriétaires de l'ensemble du territoire, dans quelque sens qui serait reconnu par le droit.

Les demandeurs ont fait valoir plusieurs revendications particulières visant des utilisations qu'ils faisaient du territoire avant l'affirmation de la souveraineté. Le juge de première instance a conclu que les ancêtres des appelants vivaient à l'intérieur du territoire, mais principalement dans le site des villages. Il a accepté, à la p. 372, qu'ils récoltaient les ressources du territoire, mais que la preuve était seulement l'existence de [TRADUCTION] «pratiques rationnelles de subsistance [. . .] tout à fait compatibles avec une simple occupation à des fins de subsistance». Il n'était pas convaincu qu'il existait quelque système de gestion ou de coutume uniforme visant les terres situées à l'extérieur des villages. Il a refusé de reconnaître que les croyances spirituelles respectées au sein du territoire étaient nécessairement communes à tous les autochtones et qu'elles constituaient des pratiques universelles. Il n'était pas convaincu que les institutions actuelles de la société des demandeurs étaient celles de leurs ancêtres. Il a plutôt conclu, à la p. 373, qu'[TRADUCTION] «il est plus vraisemblable qu'ils agissaient ainsi par instinct de survie». Il a affirmé que, compte tenu des nombreuses intrusions d'autres peuples dans le territoire, on n'avait pas fait la preuve du maintien et de la protection de frontières. Les récits oraux, les mâts totémiques et les emblèmes n'étaient pas des éléments suffisamment fiables ou spécifiques à un site pour permettre aux demandeurs de s'acquitter de la charge de la preuve qui leur incombait. Même si le juge en chef McEachern a reconnu l'importance sociale de la pratique des célébrations et son évolution depuis ses premières manifestations, il n'a pas accepté le rôle qu'on lui attribuait dans la gestion et l'attribution des terres, particulièrement après le début du commerce des fourrures. Le juge en chef McEachern a conclu ainsi, à la p. 383: [TRADUCTION] «je ne peux inférer de la preuve que les Indiens possédaient ou contrôlaient

use in a way that would justify a declaration equivalent to ownership”.

Although he was of the opinion that the status of the villages and their immediate surrounding area may be different from the territory as a whole, they were already predominantly reserve lands. Hence, the question of the Gitksan and Wet’suwet’en peoples’ rights to these particular lands did not need to be dealt with. Moreover, to the extent that there were hunting grounds not included on those lands, McEachern C.J. believed he had no jurisdiction to extend their boundaries.

(3) Aboriginal Sovereignty

McEachern C.J. interpreted the appellants’ claim for “jurisdiction” as a claim to govern the territories in question. This would include the right to enforce existing aboriginal law, as well as make and enforce new laws, as required for the governance of the people and their land. Most notably, this would also include a right to supersede the laws of British Columbia if the two were in conflict. McEachern C.J. rejected the appellants’ claim for a right of self-government, relying on both the sovereignty of the Crown at common law, and what he considered to be the relative paucity of evidence regarding an established governance structure. First, he stated, at p. 386, that when British Columbia was united with Canada, “all legislative jurisdiction was divided between Canada and the province, and there was no room for aboriginal jurisdiction or sovereignty which would be recognized by the law or the courts”. Second, he characterized the Gitksan and Wet’suwet’en legal system, at p. 379, as a “most uncertain and highly flexible set of customs which are frequently not followed by the Indians themselves”. He continued, at pp. 379-80, stating:

une partie quelconque du territoire, à l’exception du site des villages, et qu’ils l’utilisaient d’une manière qui justifierait une déclaration équivalente au droit de propriété».

Même s’il était d’avis que les villages et leurs environs immédiats avait pu avoir un statut différent de celui du territoire pris dans son ensemble, ils étaient déjà constitués principalement de terres de réserve. Par conséquent, il n’était pas nécessaire d’examiner la question des droits des Gitksan et des Wet’suwet’en sur ces terres. De plus, s’il y avait des territoires de chasse qui n’étaient pas compris dans les limites de ces terres, le juge en chef McEachern était d’avis qu’il n’avait pas compétence pour élargir leurs limites.

(3) La souveraineté autochtone

Le juge en chef McEachern a considéré la revendication des appelants relative à la «compétence» comme étant la revendication du pouvoir de gouverner les territoires en question, notamment le droit d’appliquer les règles de droit autochtones existantes ainsi que le droit d’en adopter de nouvelles et de les faire respecter, selon ce qui est requis pour la gouverne des individus et leur territoire. De façon plus particulière, cela emporterait le droit d’écarter l’application des lois de la Colombie-Britannique en cas de conflit. Le juge en chef a rejeté la revendication par les appelants du droit à l’autonomie gouvernementale, fondant sa décision à la fois sur la souveraineté de la Couronne en common law et sur la rareté relative, selon lui, de preuves de l’existence d’une structure gouvernementale établie. Il a d’abord affirmé, à la p. 386, que, lorsque la Colombie-Britannique a été unie au Canada, [TRADUCTION] «toutes les compétences législatives ont été réparties entre le Canada et la province, et il n’y avait aucune place pour quelque compétence ou souveraineté autochtone qui serait reconnue par le droit ou les tribunaux». Deuxièmement, il a qualifié le système juridique des Gitksan et des Wet’suwet’en, à la p. 379, d’[TRADUCTION] «ensemble de coutumes des plus incertaines et extrêmement souples qui, fréquemment, ne sont pas suivies par les Indiens eux-mêmes». Il a ajouté ceci, aux pp. 379 et 380:

19

20

I heard many instances of prominent Chiefs conducting themselves other than in accordance with these rules, such as logging or trapping on another chief's territory, although there always seemed to be an aboriginal exception which made almost any departure from aboriginal rules permissible. In my judgment, these rules are so flexible and uncertain that they cannot be classified as laws.

As a result of the flexibility and uncertainty of the customs and rules, McEachern C.J. rejected the appellants' claim to jurisdiction or sovereignty over the territories.

(4) Aboriginal Rights

21

After rejecting the appellants' claim for ownership of and jurisdiction over the disputed territories, McEachern C.J. turned to the possibility that the appellants nevertheless have aboriginal rights exercisable therein. He set out, at p. 388, the four part test from *Baker Lake* for an aboriginal right:

1. That they (the plaintiffs) and their ancestors were members of an organized society.
2. That the organized society occupied the specific territory over which they assert the aboriginal title.
3. That the occupation was to the exclusion of other organized societies.
4. That the occupation was an established fact at the time sovereignty was asserted by England.

McEachern C.J. noted that the requirement for an organized society had been satisfied, even though he did not believe the appellants' ancestors had institutions and governed themselves. However, he held that no specific level of sophistication ought to be required in satisfying this requirement. He then stated that there was evidence that the ancestors of the plaintiffs occupied specific locations in the territory (the villages) and they used surrounding lands. Although there was evidence that the Gitksan and Wet'suwet'en would not have been able to keep invaders or traders out of their terri-

[TRADUCTION] On m'a fait état de nombreux cas où des chefs en vue ne se sont pas conformés à ces règles, par exemple en faisant du piégeage ou en coupant du bois sur le territoire d'un autre chef, quoiqu'il semblait toujours y avoir une exception autochtone qui rendait licite presque toute dérogation aux règles autochtones. Selon moi, ces règles sont si souples et incertaines qu'elles ne peuvent être qualifiées de règles de droit.

En raison de la souplesse et de l'incertitude des coutumes et des règles, le juge en chef McEachern a rejeté la revendication de compétence ou de souveraineté sur les territoires visés qu'ont présentée les appelants.

(4) Les droits ancestraux

Après avoir rejeté la revendication des appelants relative à la propriété des territoires en cause et à la compétence sur ceux-ci, le juge en chef McEachern a ensuite examiné la possibilité que les appelants possèdent néanmoins des droits ancestraux pouvant y être exercés. Il a énoncé, à la p. 388, les quatre parties du critère établi dans *Baker Lake*, précité, pour la reconnaissance d'un droit ancestral:

- [TRADUCTION] 1. Il faut que (les demandeurs) et leurs ancêtres aient été membres d'une société organisée;
2. que cette société organisée ait occupé le territoire particulier à l'égard duquel ses membres revendiquent un titre aborigène;
 3. que cette occupation ait été à l'exclusion d'autres sociétés organisées;
 4. que l'occupation ait été un fait établi au moment de l'affirmation de la souveraineté par l'Angleterre.

Le juge en chef McEachern a souligné qu'on avait satisfait à l'exigence concernant l'existence d'une société organisée, même s'il ne croyait pas que les ancêtres des appelants avaient des institutions et se gouvernaient eux-mêmes. Cependant, il a statué qu'aucun degré particulier de raffinement ne devrait être requis pour satisfaire à cette exigence. Il a ensuite affirmé qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que les ancêtres des demandeurs avaient occupé des lieux précis dans le territoire (les villages) et qu'ils avaient utilisé les terres environnantes. Même si la preuve indiquait que les

tory, no other organized societies had established themselves in the core areas on any permanent basis. Moreover, he noted at the outset of his reasons on this point that he was uncertain about the requirement for exclusivity.

The activities that were to be protected were only those carried on at the time of contact or European influence and that were still carried on at the time of sovereignty. This included “all those sustenance practices and the gathering of all those products of the land and waters of the territory I shall define which they practised and used before exposure to European civilization (or sovereignty) for subsistence or survival” (at p. 391). This did not include trapping for the fur trade, or other land-based commercial enterprise. McEachern C.J. ultimately concluded, at p. 395 that “the plaintiffs have established, as of the date of British sovereignty, the requirements for continued residence in their villages, and for non-exclusive aboriginal sustenance rights within [certain] portions of the territory”.

(5) Extinguishment and Fiduciary Duties

McEachern C.J. started with the proposition, at pp. 396-97, that the law “never recognized that the settlement of new lands depended upon the consent of the Indians”. All aboriginal rights existed at the pleasure of the Crown, and could be extinguished by unilateral act. He accepted the “clear and plain” intention test for extinguishment, but took the view that it need not be express or even mention aboriginal rights, if the intention can be identified by necessary implication. An example of such implied extinguishment might be a fee simple

Gitksan et les Wet’suwet’en n’auraient pas été capables d’interdire leur territoire aux envahisseurs ou aux commerçants, aucune autre société organisée ne s’était établie avec quelque permanence que ce soit dans les principaux emplacements. De plus, au début de la partie de ses motifs sur ce point, le juge a souligné qu’il était incertain en ce qui concerne cette exigence d’exclusivité.

Les activités qui devaient être protégées se limitaient à celles qui étaient exercées au moment du contact avec les Européens ou au moment où l’influence de ceux-ci s’est fait sentir et qui étaient encore exercées au moment de l’affirmation de la souveraineté. Ces activités comprenaient effectivement: [TRADUCTION] «toutes les pratiques de subsistance ainsi que les activités de récolte des produits des terres et des eaux du territoire que je vais définir, qu’ils suivaient et exerçaient — avant d’être exposés à la civilisation européenne (ou avant l’affirmation de la souveraineté) — à des fins de subsistance ou de survie» (à la p. 391). Ceci ne comprenait pas le trappage en vue du commerce des fourrures ou d’autres entreprises commerciales fondées sur l’exploitation du territoire. Le juge en chef McEachern a finalement conclu, à la p. 395, que [TRADUCTION] «les demandeurs ont établi qu’il était satisfait, à la date de l’affirmation de la souveraineté britannique, aux exigences relatives à la résidence continue dans leurs villages et à l’existence de droits ancestraux d’exploitation à des fins de subsistance non exclusifs sur [certaines] parties du territoire».

(5) L’extinction des droits et les obligations de fiduciaire

Le juge en chef McEachern a commencé en énonçant, aux pp. 396 et 397, la proposition suivante laquelle le droit [TRADUCTION] «n’a jamais reconnu que la colonisation de nouvelles terres était subordonnée au consentement des Indiens». L’existence de tous les droits ancestraux dépendait du bon plaisir de la Couronne et ces droits pouvaient être éteints par un acte unilatéral de cette dernière. Il a accepté l’application du critère de l’intention «claire et expresse» pour statuer sur la question de l’extinction, mais il s’est dit d’avis

grant to a third party, or a grant of a lease, licence, permit or other tenure inconsistent with continuing aboriginal interest.

24

McEachern C.J. held that any aboriginal rights to the land had been extinguished. The extinguishment arose out of certain colonial enactments which demonstrated an intention to manage Crown lands in a way that was inconsistent with continuing aboriginal rights. He stated, at p. 411, that “the Crown with full knowledge of the local situation fully intended to settle the colony and to grant titles and tenures unburdened by any aboriginal interests”. Crown grantees who received land in colonial times were clearly intended to receive the land free from any aboriginal encumbrances. Moreover, this intention to extinguish did not only apply to lands that had actually been granted to third parties, but rather all Crown land in British Columbia. However, it should be noted that he was careful to distinguish between land and fishing rights. Since McEachern C.J. was of the view that all aboriginal title to the territories in question had been extinguished during colonial times, it was not necessary to consider whether the province had the power to extinguish aboriginal rights after Confederation.

25

Notwithstanding the complete extinguishment of all aboriginal rights in land, McEachern C.J. held, at p. 417, that the Crown was under a fiduciary obligation to continue to allow native persons to use vacant crown lands for lawful purposes until the land “is dedicated to another purpose”. This is not an aboriginal “right”, to which s. 35 can be applied, since any such “rights” over the land had been extinguished. However, he held that where the Crown extinguishes an aboriginal right, and

qu’il n’est pas nécessaire que l’intention ait été expresse ni même qu’on mentionne les droits ancestraux, si cette intention peut être dégagée par implication nécessaire. Un exemple d’une telle extinction implicite serait un acte de concession en fief simple au bénéfice d’un tiers ou l’octroi d’un bail, d’une licence, d’un permis ou de quelque autre forme de tenure incompatible avec le maintien d’un droit ancestral.

Le juge en chef McEachern a conclu que tout droit ancestral au territoire avait été éteint. Cette extinction était le résultat de certains textes de loi coloniaux qui démontraient l’intention de gérer les terres publiques d’une façon incompatible avec le maintien des droits ancestraux. Il a déclaré, à la p. 411, que [TRADUCTION] «la Couronne, pleinement consciente de la situation locale, avait pleinement eu l’intention d’établir une colonie et d’accorder des titres et tenures qui ne soient grevés d’aucun droit ancestral». On entendait clairement que ceux qui se voyaient accorder des concessions par l’État à l’époque coloniale les reçoivent libres de toute charge dont seraient titulaires les autochtones. En outre, cette intention d’extinction s’appliquait non seulement aux terres qui, de fait, avaient été cédées à des tiers, mais également à toutes les terres publiques en Colombie-Britannique. Cependant, il convient de souligner que le juge a pris soin de distinguer entre les droits fonciers et les droits de pêche. Étant donné que le juge en chef McEachern était d’avis que tout titre aborigène sur les territoires en question avait été éteint pendant l’époque coloniale, il ne lui était pas nécessaire de se demander si la province avait le pouvoir d’éteindre des droits ancestraux après la Confédération.

Nonobstant l’extinction complète de tous les droits ancestraux sur le territoire, le juge en chef McEachern a conclu, à la p. 417, que la Couronne avait l’obligation de fiduciaire de continuer de permettre aux autochtones d’utiliser, à des fins licites, les terres publiques inoccupées jusqu’à ce que le territoire en question [TRADUCTION] «soit affecté à une autre fin». Il ne s’agit pas d’un «droit» ancestral auquel l’art. 35 peut être appliqué, puisque tous ces «droits» au territoire ont été éteints. Tou-

makes a promise regarding use of Crown land at the same time, this creates the same fiduciary obligation as if the aboriginal people had surrendered the land to the Crown. In articulating guidelines for the application of the Crown's fiduciary obligation, McEachern C.J. made it clear that the Crown must be free to direct resource management in the province in the best interests of both the aboriginal and non-aboriginal persons in the province. However, Crown authorities should always keep the "aboriginal interests of the plaintiffs very much in mind" (at p. 423) in developing policies for the territory, and should ensure that aboriginal activities on the land are not unduly impaired.

(6) Damages

Since the plaintiffs failed to establish that existing ownership, jurisdiction, or aboriginal rights had been breached, the claim for damages for wrongful appropriation of their territory was dismissed by McEachern C.J.

(7) Lands Subject to Aboriginal Rights at Sovereignty

McEachern C.J. felt it necessary to delineate the boundaries of the lands that were subject to aboriginal rights at the time of sovereignty in case he was wrong that these rights had been extinguished. He considered the evidence regarding the external boundary of the territory, and the internal boundaries therein. He found numerous inconsistencies, and generally did not find it to be reliable. He rejected the boundaries as put forth by the appellants.

Nevertheless, since he had held that the Gitksan and Wet'suwet'en had aboriginal sustenance rights over part of the land, he had to delineate their

tefois, le juge en chef a statué que, dans les cas où la Couronne éteint un droit ancestral, et fait en même temps une promesse au sujet de l'utilisation de terres publiques, cela a pour effet de créer une obligation de fiduciaire au même titre que si les autochtones concernés avaient cédé le territoire à la Couronne. Dans la formulation de lignes directrices concernant l'application de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, le juge en chef McEachern a clairement indiqué que celle-ci doit être libre de gérer les ressources de la province au mieux des intérêts tant des autochtones que des non-autochtones de la province. Cependant, les autorités étatiques devraient toujours avoir [TRADUCTION] «bien à l'esprit les droits ancestraux des demandeurs» (à la p. 423) lorsqu'elles élaborent des politiques relatives au territoire, en plus de veiller à ce que les activités exercées par les autochtones sur le territoire ne soient pas trop perturbées.

(6) Les dommages-intérêts

Comme les demandeurs n'ont pas réussi à établir la violation de droits existants — propriété, compétence ou droits ancestraux — le juge en chef McEachern a rejeté leur demande en dommages-intérêts fondée sur l'appropriation illicite de leur territoire.

(7) Les terres visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté

Le juge en chef McEachern a estimé nécessaire de tracer les limites des terres qui étaient visées par des droits ancestraux au moment de l'affirmation de la souveraineté, au cas où il aurait tort de conclure à l'extinction de ces droits. Il a examiné la preuve déposée au sujet des limites externes et internes du territoire. Il y a constaté de nombreuses incohérences et, de façon générale, ne l'a pas jugée fiable. Il a rejeté les limites tracées par les appelants.

Néanmoins comme il avait statué que les Gitksan et les Wet'suwet'en possédaient des droits ancestraux les autorisant à exploiter à des fins de

26

27

28

boundaries. He put forth three alternatives, and ultimately chose "Map 5" (at p. 400). This area recognized that the plaintiffs' ancestors likely used more distant areas in the territory. However, McEachern C.J. was not persuaded of such use in either the northernmost or southernmost portions of the territory. The northern boundary was drawn through the centre of the Skeena River, with 20 miles on the north side of the river being added. The southern boundary was drawn following some of the internal boundaries, but excluding several of the southern Wet'suwet'en individual territories. He selected this alternative because it worked less injustice for the Wet'suwet'en who lived more spread out and less concentrated near the rivers. However, he cut off the north and south portions of the claimed territory because he did not have confidence in the presence of the Gitksan or Wet'suwet'en in the areas north or south of the boundaries he drew.

(8) Other Matters

29

McEachern C.J. concluded his reasons by rejecting the province's argument that the plaintiffs' aboriginal rights to some of the lands had been abandoned. He did not think courts should be quick to treat aboriginal lands as abandoned. He could not say with confidence which lands should be abandoned, and which should not, even though there was clearly declining aboriginal use of some of the lands. He also stressed that the onus of demonstrating abandonment rested with the province and that they had not discharged that onus. He also rejected the argument that the plaintiffs had waived their rights by accepting and using reserves and by conforming to the general law of the province. The honour of the Crown precluded the province from relying on this defence.

subsistance certaines parties du territoire, il se devait d'en tracer les limites. Après avoir exposé trois possibilités, il a finalement retenu la [TRADUCTION] «carte 5» (à la p. 400). Ce tracé reconnaissait que les ancêtres des demandeurs utilisaient vraisemblablement des régions plus éloignées dans le territoire. Toutefois, le juge en chef McEachern n'était pas convaincu qu'une telle utilisation avait été faite dans les parties situées à l'extrême nord et à l'extrême sud du territoire. Le tracé de la limite nord passait par le centre de la rivière Skeena, et ajoutait une aire de 20 milles du côté nord de la rivière. Le tracé de la limite sud suivait certaines limites internes, mais excluait plusieurs territoires Wet'suwet'en au sud. Le juge en chef McEachern a retenu cette solution parce qu'il en résultait une moins grande injustice pour les Wet'suwet'en, qui vivaient de façon plus dispersée et en moins grande concentration près des rivières. Il a cependant éliminé les parties nord et sud du territoire revendiqué parce qu'il n'était pas certain de la présence des Gitksan ou des Wet'suwet'en dans les parties situées au nord ou au sud des limites qu'il avait tracées.

(8) Les autres questions

Le juge en chef McEachern a conclu ses motifs en rejetant l'argument avancé par la province que les droits ancestraux des demandeurs à l'égard de certaines terres avaient été abandonnés. Il était d'avis que les tribunaux ne devaient pas s'empres- ser de conclure à l'abandon de terres par les autochtones. Il ne pouvait pas dire avec certitude quelles terres devraient être considérées comme abandonnées, et lesquelles ne devraient pas l'être, même s'il y avait clairement un déclin dans l'utili- sation de certaines terres par les autochtones. Il a aussi souligné qu'il incombait à la province de prouver l'abandon et qu'elle ne s'était pas acquit- tée de cette charge. Il a aussi rejeté l'argument que les demandeurs avaient renoncé à leurs droits en acceptant et en utilisant les réserves, et en se con- formant aux lois générales de la province. L'obli- gation de la Couronne d'agir honorablement inter- disait à la province de s'appuyer sur ce moyen de défense.

(9) Final Order

In result, therefore, McEachern C.J. dismissed the action against Canada, dismissed the plaintiffs' claims for ownership and jurisdiction and for aboriginal rights in the territory, granted a declaration that the plaintiffs were entitled to use unoccupied or vacant land subject to the general law of the province, dismissed the claim for damages and dismissed the province's counterclaim. No order for costs was made.

B. *British Columbia Court of Appeal*(1) Judgment of Macfarlane J.A. (Taggart J.A. concurring)

Macfarlane J.A. set out the following propositions of law which he indicated were the starting points for analysing aboriginal rights in land, which he garnered from *Baker Lake, Calder, Guerin, Sparrow, and Mabo v. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.). First, such rights arise from historic occupation and possession of the aboriginal peoples' tribal lands. Second, they arise by operation of law and do not depend on a grant from the Crown. Third, they are not absolute, but they are subject to regulation and extinguishment. Fourth, they are *sui generis* communal rights. Fifth, they cannot be alienated other than to the Crown. Finally, they are related to aboriginal activities which formed an integral part of traditional Indian life prior to sovereignty.

(a) *Ownership Rights*

Examining the appellants' ownership claim, Macfarlane J.A. agreed that an exclusive right to occupy land is required to support a claim akin to ownership. He noted that the use of the term "ownership" (which was used in the plaintiffs in their pleadings) was unfortunate, since *Guerin* specifically held that the aboriginal interest does not

(9) L'ordonnance finale

En définitive, le juge en chef McEachern a rejeté l'action contre le Canada, il a rejeté les revendications, par les demandeurs, de la propriété du territoire, de la compétence sur celui-ci ou de droits ancestraux à son égard, il a accordé une déclaration portant que les demandeurs avaient le droit d'utiliser toute terre inoccupée ou vacante, sous réserve du respect des lois d'application générales de la province, il a rejeté la demande de dommages-intérêts et, enfin, il a rejeté la demande reconventionnelle de la province. Il n'a rendu aucune ordonnance concernant les dépens.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique*(1) La décision du juge Macfarlane (à laquelle le juge Taggart a souscrit)

Le juge Macfarlane a énoncé les propositions de droit suivantes qui, a-t-il indiqué, étaient les éléments de départ qu'il avait dégagés des arrêts *Baker Lake, Calder, Guerin, Sparrow* et *Mabo c. Queensland* (1992), 107 A.L.R. 1 (H.C.), en vue de l'analyse des droits fonciers ancestraux. Premièrement, ces droits découlent de la possession et de l'occupation historiques par les peuples autochtones de terres tribales. Deuxièmement, ils découlent de l'application de la common law et ne dépendent pas d'une concession de la Couronne. Troisièmement, ils ne sont pas absolus mais sujets à réglementation et à extinction. Quatrièmement, ce sont des droits collectifs *sui generis*. Cinquièmement, ils ne peuvent être aliénés qu'en faveur de la Couronne. Finalement, ils sont liés à des activités autochtones qui faisaient partie intégrante de la vie traditionnelle indienne avant l'affirmation de la souveraineté.

a) *Les droits de propriété*

Examinant la revendication par les appelants de la propriété du territoire, le juge Macfarlane a convenu qu'un droit d'occupation exclusif du territoire est requis pour étayer la revendication d'un droit analogue à la propriété. Il a souligné que l'utilisation du terme «propriété» (que les demandeurs ont utilisé dans leurs actes de procédure) était malheu-

30

31

32

amount to beneficial ownership. In his view, the trial judge properly applied the law to the plaintiffs' claim of ownership. Similarly, he found no merit in the appellants' challenge to the trial judge's findings of fact on a number of points. Although some of the areas of the evidence were cause for concern, he concluded that the issues required an interpretation of the evidence as a whole and that it would be inappropriate for this court to intervene and substitute its opinions for that of the trial judge. Hence, he did not disturb the judge's conclusion with regard to ownership of the territory, nor his conclusion that any interest which the appellants have in the land is not proprietary.

(b) *Aboriginal Sustenance Rights*

33

Macfarlane J.A. canvassed the trial judge's findings regarding aboriginal sustenance rights. He noted that McEachern C.J.'s error in requiring a "time-depth" of a long time prior to contact in order to establish the rights did not affect his view of the territorial limits of the right. He agreed with the trial judge's application of the *Baker Lake* test. In particular, he viewed the significant question to be whether the practices were integral to aboriginal society or had only resulted from European influences. Macfarlane J.A. concluded that it would be inappropriate to intervene and substitute his view for that of the trial judge with respect to the weight of the evidence. Hence, if the appellants succeeded on the appeal with respect to extinguishment, they were entitled to sustenance rights in the area as identified by McEachern C.J. on Map 5.

reux, étant donné que l'arrêt *Guerin* avait précisément établi que le droit des autochtones n'équivait pas au droit de propriété à titre bénéficiaire. À son avis, le juge de première instance a bien appliqué le droit en ce qui concerne la revendication par les demandeurs de la propriété du territoire. De même, il n'a trouvé aucun fondement à la contestation par les appelants des conclusions de fait tirées par le juge de première instance sur un certain nombre de points. Même si certains éléments de preuve soulevaient des interrogations, il a conclu que les questions en litige nécessitaient une interprétation globale de la preuve et qu'il ne convenait pas que la cour intervienne et substitue ses opinions à celles du juge de première instance. En conséquence, il n'a pas modifié la conclusion de ce dernier quant à la propriété du territoire, ni sa conclusion que tout intérêt que possèdent les appelants dans le territoire n'est pas un droit de propriété.

b) *Le droit des autochtones d'assurer leur subsistance*

Le juge Macfarlane a examiné les conclusions du juge de première instance quant au droit des autochtones d'assurer leur subsistance. Il a souligné que l'erreur que le juge en chef McEachern a commise en exigeant la preuve d'une [TRADUCTION] «durée» — savoir une longue période avant le contact avec les Européens — pour établir l'existence des droits n'avait pas d'effet sur son opinion quant aux limites territoriales du droit. Il était d'accord avec la façon dont le juge de première instance avait appliqué le critère énoncé dans *Baker Lake*. En particulier, il était d'avis que la question importante était de savoir si les pratiques faisaient partie intégrante de la vie sociale des autochtones ou si elles étaient seulement le résultat des influences européennes. Le juge Macfarlane a conclu qu'il ne convenait pas qu'il intervienne et substitue son point de vue à celui du juge de première instance quant au poids à accorder à la preuve. Par conséquent, si les appelants obtenaient gain de cause en appel sur la question de l'extinction, ils avaient le droit d'assurer leur subsistance dans le territoire délimité par le juge en chef McEachern sur la carte 5.

(c) *Jurisdiction*

Macfarlane J.A. essentially agreed with the trial judge with respect to his analysis of the jurisdiction, or sovereignty issue. He characterized the claim as the right to control and manage the use of lands and resources in the territory, as well as the right to govern the people within the territory, to the possible exclusion of laws of general application within the province. He stated that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples do not need a court declaration to permit internal self-regulation, if they consent to be governed. However, the rights of self-government encompassing a power to make general laws governing the land, resources, and people in the territory are legislative powers which cannot be awarded by the courts. Such jurisdiction is inconsistent with the *Constitution Act, 1867* and its division of powers. When the Crown imposed English law on all the inhabitants of the colony and when British Columbia entered Confederation, the aboriginal people became subject to Canadian (and provincial) legislative authority. For this reason, the claim to jurisdiction failed.

(d) *Extinguishment*

Macfarlane J.A. began by noting that treaty-making is the most desirable way to resolve aboriginal land issues. However, he noted that prior to 1982, the rights of aboriginal people could be extinguished by the unilateral act of the sovereign, without the consent of the aboriginal people. Intention to extinguish must be clear and plain. Although express language is not strictly necessary, the honour of the Crown requires its intentions to be either express or manifested by unavoidable implication. Unavoidable implication should not be easily found — it occurs only where the interpretation of the instrument permits no other result. This, in turn, depends on the nature of the aboriginal interest and of the impugned grant.

c) *La compétence*

Le juge Macfarlane s'est dit essentiellement d'accord avec l'analyse du juge de première instance relativement à la question de la compétence ou souveraineté. Il a dit que l'on revendiquait le droit de contrôler et de gérer l'utilisation des terres et des ressources du territoire, ainsi que le droit de gouverner la population y habitant, d'une manière pouvant aller jusqu'à l'exclusion des lois d'application générale en vigueur dans la province. Il a affirmé que les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas besoin d'une déclaration de la cour autorisant l'autoréglementation interne, s'ils consentent à être gouvernés. Cependant, les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, y compris le pouvoir de faire des lois générales régissant les terres, les ressources et la population du territoire, sont des pouvoirs législatifs qui ne peuvent être accordés par les tribunaux. Une telle compétence est incompatible avec la *Loi constitutionnelle de 1867* et le partage des pouvoirs qu'elle établit. Lorsque la Couronne a imposé le droit anglais à tous les habitants de la colonie et lorsque la Colombie-Britannique est entrée dans la Confédération, les autochtones sont devenus assujettis aux pouvoirs législatifs du Canada (et de la province). Pour ce motif, la revendication relative à la compétence a été rejetée.

d) *L'extinction*

Le juge Macfarlane a d'abord indiqué que la conclusion de traités est la façon la plus souhaitable de résoudre les questions relatives aux terres autochtones. Cependant, il a souligné que, avant 1982, les droits des peuples autochtones pouvaient être éteints par acte unilatéral du souverain, sans leur consentement. L'intention d'éteindre un droit doit être claire et expresse. Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire que l'intention soit exprimée en termes exprès, l'honneur de la Couronne exige que ses intentions ressortent de façon expresse ou par implication inéluctable. Une implication inéluctable n'est pas facile à trouver — elle n'existe que lorsque l'interprétation de l'instrument ne permet aucun autre résultat. Ce résultat dépend pour sa part de la nature de l'intérêt autochtone en jeu et de la concession contestée.

36

Macfarlane J.A. disagreed with the trial judge that the colonial instruments manifested the required clear and plain intention to extinguish all aboriginal interests in land. The purpose of the colonial instruments in question was to facilitate an orderly settlement of the province, and to give the Crown control over grants to third parties. It is not inevitable, upon a reading of the statutory scheme, that the aboriginal interest was to be disregarded. They did not foreclose the possibility of treaties or of co-existence of aboriginal and Crown interests. Similarly, even fee simple grants to third parties do not necessarily exclude aboriginal use. For example, uncultivated vacant land held in fee simple does not necessarily preclude the exercise of hunting rights. Moreover, it is clear that, at common law, two or more interests in land less than fee simple can co-exist. However, since the record was not sufficiently specific to permit the detailed analysis of such issues, Macfarlane J.A. suggested that these issues be dealt with in negotiation. He concluded that extinguishment by a particular grant needed to be determined on a case by case basis.

Le juge Macfarlane n'était pas d'accord avec le juge de première instance que les instruments coloniaux manifestaient l'intention claire et expresse requise pour éteindre tous les droits fonciers des autochtones. Les instruments coloniaux en question visaient à faciliter la colonisation ordonnée de la province et à donner à la Couronne le pouvoir d'octroyer des concessions aux tiers. La lecture des textes législatifs n'amène pas inévitablement à conclure qu'il ne fallait pas tenir compte des droits des autochtones. Ces textes ne faisaient pas obstacle à la possibilité de conclure des traités ou à la coexistence des droits des autochtones et de ceux de la Couronne. De la même façon, même un acte de concession en fief simple à un tiers n'écarte pas nécessairement l'utilisation par les autochtones du territoire visé. Par exemple, le fait qu'une terre non cultivée et inoccupée soit détenue en fief simple n'exclut pas nécessairement l'exercice de droits de chasse. En outre, il est clair que, en common law, deux intérêts ou plus qui sont inférieurs au fief simple peuvent coexister. Cependant, comme le dossier n'était pas suffisamment précis pour permettre l'analyse détaillée de ces questions, le juge Macfarlane a suggéré qu'elles fassent l'objet de négociations. Il a conclu que la question de savoir si une concession donnée entraînait l'extinction de certains droits devait être tranchée au cas par cas.

37

Macfarlane J.A. considered the constitutional power of the province to extinguish aboriginal rights after 1871, and in particular, whether valid provincial legislation could extinguish aboriginal rights in land by incidental effect. After 1871, the exclusive power to legislate in relation to "Indians, and Lands reserved for the Indians" was given to the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Valid provincial legislation may apply to Indians, so long as it is a law of general application and not one that affects their Indianness, their status, or their core values (*Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *Dick v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 309). However, the proposition that provincial laws could extinguish Indian title by incidental effect

Le juge Macfarlane a examiné le pouvoir constitutionnel de la province d'éteindre des droits ancestraux après 1871, et, en particulier, la question de savoir si une loi provinciale valide pouvait éteindre de façon incidente des droits fonciers ancestraux. Après 1871, la compétence exclusive de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» a été attribuée au gouvernement fédéral par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une loi provinciale valide peut s'appliquer aux Indiens s'il s'agit d'une loi d'application générale et non d'une loi touchant leur quiddité indienne ou indianité, leur statut ou leurs valeurs fondamentales (*Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309). Cepen-

must be examined in light of federal authority relating to Indians and of the aboriginal perspective. The traditional homelands of aboriginal people are integral to their traditional way of life and their self-concept. If the effect of provincial legislation were to strip the aboriginal people of the use and occupation of their traditional homelands, it would be an impermissible intrusion into federal jurisdiction, as such a law would “trench on the very core of the subject matter of s. 91(24)” (at p. 169). Hence, he concluded that provincial legislatures do not have the constitutional competence to extinguish common law aboriginal rights. Moreover, extinguishment by adverse dominion could only be accomplished by the federal government. Similarly, s. 88 of the *Indian Act* did not assist the province. Laws of general application which do not affect the “core of Indianness” apply by their own force. However, provincial laws which do affect that core rely on s. 88, which referentially incorporates them into federal law. For s. 88 of the *Indian Act* to give the province authority to extinguish aboriginal rights, it would have to show a clear and plain intention to do so. Since no such intention exists in s. 88 in particular or the *Indian Act* in general, it cannot authorize outright extinguishment. However, it may authorize provincial regulation of and interference with aboriginal rights. Of course, now the operation of such regulations are now subject to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

(e) *Relief Allowed*

Macfarlane J.A. granted a declaration that the plaintiffs’ aboriginal rights were not all extinguished by the colonial instruments enacted prior to British Columbia’s entry into Confederation in

dant, la proposition suivant laquelle les lois provinciales pourraient éteindre un titre indien de manière incidente doit être examinée à la lumière de la compétence du fédéral sur les questions indiennes et en tenant compte du point de vue des autochtones. Les terres traditionnelles des Indiens font partie intégrante de leur mode de vie traditionnel et de la façon dont ils se définissent. Si une loi provinciale avait pour effet de dépouiller les autochtones du droit d’utiliser et d’occuper leurs terres traditionnelles, il s’agirait d’une intrusion inadmissible dans un champ de compétence fédéral, étant donné qu’une telle loi [TRADUCTION] «empiéterait sur l’essentiel de l’objet du par. 91(24)» (à la p. 169). Par conséquent, le juge Macfarlane a conclu que les législatures provinciales n’ont pas, en vertu de la Constitution, compétence pour éteindre les droits ancestraux reconnus par la common law. En outre, seul le gouvernement fédéral peut éteindre des droits par possession adversative. De même, l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* n’a été d’aucun secours pour la province. Les lois d’application générale qui ne touchent pas le «fondement même de la quiddité indienne» s’appliquent d’elles-mêmes. Au contraire, celles qui touchent à ce fondement s’appuient sur l’art. 88, qui les incorpore par renvoi au droit fédéral. Pour que l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens* accorde à la province le pouvoir d’éteindre des droits ancestraux, il faudrait trouver dans son texte une intention claire et expresse à cet égard. Comme on ne trouve une telle intention ni dans l’art. 88 en particulier, ni dans la *Loi sur les Indiens* en général, cet article ne peut autoriser d’extinction pure et simple. Il peut cependant autoriser la réglementation par les provinces des droits ancestraux et des atteintes à ces droits. Évidemment, l’application d’une telle réglementation est maintenant assujettie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

e) *La réparation accordée*

Le juge Macfarlane a prononcé une déclaration portant que les droits ancestraux des demandeurs n’avaient pas tous été éteints par les instruments coloniaux édictés avant l’entrée de la Colombie-

1871. He also granted a declaration that the appellants have unextinguished, non-exclusive aboriginal rights, formerly protected at common law, and now protected under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. These rights are not ownership or property rights, and are located within the area indicated on Map 5. Their characteristics may vary depending on the particular context in which the rights are said to exist, and are dependent on the specific facts of each case.

Britannique dans la Confédération en 1871. Il a aussi prononcé une déclaration portant que les appelants possèdent des droits ancestraux non éteints et non exclusifs, auparavant protégés par la common law et qui le sont maintenant par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces droits, qui ne sont ni la propriété ni des droits de propriété, existent à l'intérieur du territoire délimité sur la carte 5. Leurs caractéristiques peuvent varier en fonction du contexte où ils sont invoqués, et ils dépendent des faits propres à chaque affaire.

39 Macfarlane J.A. did not grant a declaration with respect to jurisdiction over land and resources or people within the territory, leaving this to negotiation. He also did not interfere with the decision of the trial judge that the claim for damages must be dismissed. He noted that the parties wished to negotiate the precise location, scope, content and consequences of the aboriginal rights which the trial judge has held may be exercised in that part of the territory, the approximate area of which is illustrated on Map 5. However, no order of the court was required to permit the parties to enter into such negotiations.

Le juge Macfarlane n'a pas prononcé de déclaration relativement à la compétence sur les terres, les ressources ou la population du territoire, laissant ces questions à la négociation. Il n'a pas modifié non plus la décision du juge de première instance rejetant la demande en dommages-intérêts. Il a souligné que les parties désiraient négocier l'emplacement, la portée, les conséquences et le contenu précis des droits ancestraux qui, de conclure le juge de première instance, peuvent être exercés dans cette partie du territoire dont les limites approximatives sont indiquées sur la carte 5. Cependant, aucune ordonnance de la cour n'était nécessaire pour permettre aux parties d'engager de telles négociations.

40 Finally, Macfarlane J.A. stated that he would not give effect to the alternative declarations sought by the province relating to the alleged extinguishment of aboriginal rights by grants of fee simple and of lesser interests in the period from 1871-1982. The province did not have the power after 1871 to extinguish aboriginal rights. However, some provincial land and resource laws affecting aboriginal rights may be given force as federal laws through the operation of s. 88 of the *Indian Act*. The effect of fee simple and lesser grants on the particular aboriginal rights would require a detailed and complete analysis, which neither the record nor the

Finalement, le juge Macfarlane a affirmé qu'il ne donnerait pas effet aux déclarations subsidiaires demandées par la province quant à sa prétention que des droits ancestraux avaient été éteints par suite de la concession, de 1871 à 1982, de fiefs simples et d'intérêts inférieurs au fief simple. La province n'avait plus, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux. Cependant, certaines lois provinciales relatives aux terres et aux ressources et affectant les droits ancestraux peuvent produire leurs effets à titre de lois fédérales par application de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*. L'effet de la concession de fiefs simples ou d'intérêts inférieurs sur les droits ancestraux en cause aurait nécessité une analyse approfondie que ni le dossier, ni les observations présentées ne permettaient d'effectuer. Le juge Macfarlane n'a

submissions permitted. He made no order for costs, adopting the reasons of the trial judge.

(2) Wallace J.A. (concurring)

(a) *Scope of Appellate Review*

Wallace J.A. considered the appropriate principles for appellate review of a trial judge's findings of fact. An appellate court should find error on the part of the trial judge with respect to those aspects of the finding of facts which involve questions of credibility or weight to be given the evidence of a witness only if it is established that the trial judge made some "palpable and overriding error" which affected his assessment of the material facts. Such an error exists in three situations: firstly, when it can be demonstrated there was no evidence to support a material finding of fact of the trial judge; secondly, when the trial judge wrongly overlooked admissible evidence relevant and material to the issue before the court; or thirdly, where the trial judge's finding of fact cannot be supported as reasonable. In reversing the trial judge for "palpable and overriding error" the Court of Appeal must designate the specific error and state why the nature of the error justifies reversing the trial judge's finding of fact. Wallace J.A. held that these principles applied to the trial judge's determination of the nature and territorial scope of the aboriginal activities, the question of jurisdiction and control over the territory, and the weight to be attributed to the evidence of the various witnesses.

(b) *General Principles*

Wallace J.A. stated that aboriginal rights of occupation and use originate in the Indians' historic occupation and use of their tribal lands, and is recognized by the common law. Unlike the trial judge, he recognized that these rights may resem-

rendu aucune ordonnance concernant les dépens, adoptant les motifs du juge de première instance.

(2) Le juge Wallace (opinion concordante)

a) *La portée de l'examen en appel*

Le juge Wallace s'est penché sur les principes à suivre dans le cadre de l'examen, en appel, des conclusions de fait du juge de première instance. Une cour d'appel ne devrait pas conclure que le juge de première instance a fait erreur sur les aspects des conclusions de fait qui se rattachent à la question de la crédibilité ou de la valeur probante d'un témoignage que s'il est établi que le juge de première instance a commis une [TRADUCTION] «erreur manifeste et dominante» ayant influé sur son appréciation des faits substantiels. Une telle erreur existe dans les trois cas suivants: premièrement, lorsqu'il peut être démontré qu'une conclusion de fait importante tirée par le juge de première instance ne s'appuie sur aucune preuve; deuxièmement, lorsque le juge de première instance a omis à tort de tenir compte d'éléments de preuve admissibles qui étaient pertinents et substantiels relativement à la question dont était saisi le tribunal; troisièmement, lorsque la conclusion de fait du juge de première instance ne peut être qualifiée de raisonnable. La cour d'appel qui infirme la décision du juge de première instance en raison d'une «erreur manifeste et dominante» doit indiquer de façon précise l'erreur qui a été commise et dire pourquoi la nature de cette erreur justifie l'infirmer de la conclusion de fait du juge de première instance. Le juge Wallace a statué que ces principes s'appliquaient à la détermination par le juge de première instance de la nature et de la portée territoriale des activités autochtones, à la question du contrôle du territoire et de la compétence sur celui-ci et au poids à accorder aux divers témoignages.

b) *Les principes généraux*

Le juge Wallace a affirmé que les droits ancestraux d'occupation et d'utilisation tirent leur origine de l'occupation et de l'utilisation historiques par les Indiens de leurs terres tribales, et que ces droits sont reconnus par la common law. Contrai-

ble a proprietary title, not unlike those in western property law systems, or they may be restricted to certain uses of the land. He set out the requirements for establishing aboriginal rights, varying from the *Baker Lake* test used by the trial judge. In Wallace J.A.'s formulation of the test, the practices supporting the rights in question had to be integral to the claimants' distinctive and traditional society or culture. Moreover, he resolved the trial judge's concerns about the requirement of exclusivity as follows: if the plaintiffs claim exclusive occupation and use, the traditional occupation had to be to the exclusion of other organized societies.

(c) *Aboriginal Ownership*

43 Wallace J.A. considered there to be reasonable support for the trial judge's conclusions regarding the nature and scope of the appellants' interest in the territory. The standard of occupation required to support the claim of ownership depended on the nature of the interest. The appellants' claim was to manage the lands and natural resources. This suggests exclusive control and possession of the territory, requiring the appellants to demonstrate exclusive possession. Since they could not do so, he concluded that the trial judge correctly dismissed their claim for ownership.

(d) *Aboriginal Rights of Occupation and Use of Traditional Lands*

44 Even if the appellants' claim were characterized as a claim for aboriginal title, rather than ownership, Wallace J.A. agreed with the criteria applied by the trial judge: the occupation of specific territory, the exclusion of other organized societies, occupation at the time of British sovereignty and long-time aboriginal practices. Applying these principles to the trial judge's findings of fact, Wallace J.A. concluded that the appellants had not

rement au juge de première instance, il a reconnu que ces droits peuvent ressembler à un titre de propriété, qu'ils ne sont pas sans similitudes avec ceux reconnus dans les systèmes occidentaux de droit des biens et qu'ils peuvent se limiter à certaines utilisations du territoire. Il a énoncé les exigences à satisfaire pour démontrer l'existence de droits ancestraux, s'écartant du critère établi dans *Baker Lake* qu'avait utilisé le juge de première instance. Dans sa formulation du critère, le juge Wallace a indiqué que les pratiques sous-tendant les droits en question devaient faire partie intégrante de la société ou culture traditionnelle distinctive des demandeurs. Il a en outre dissipé de la façon suivante l'incertitude du juge de première instance quant à l'exigence d'exclusivité: si les demandeurs revendiquent une occupation et une utilisation exclusives, l'occupation traditionnelle doit avoir été à l'exclusion d'autres sociétés organisées.

c) *Droit de propriété ancestral*

Le juge Wallace a considéré que les conclusions du juge de première instance au sujet de la nature et de la portée de l'intérêt des appelants dans le territoire étaient raisonnablement étayées. La norme d'occupation exigée pour appuyer la revendication de la propriété dépendait de la nature de l'intérêt en cause. Les appelants revendiquaient la gestion des terres et des ressources naturelles. Cela suppose la possession et le contrôle exclusifs du territoire et exige que les appelants fassent la démonstration d'une possession exclusive. Comme ils n'y sont pas parvenus, il a conclu que le juge de première instance avait eu raison de rejeter leur revendication du droit de propriété.

d) *Droits ancestraux d'occupation et d'utilisation des terres traditionnelles*

Même si la revendication des appelants était qualifiée de revendication du titre aborigène, plutôt que de revendication du droit de propriété, le juge Wallace a souscrit aux critères appliqués par le juge de première instance: l'occupation d'un territoire précis, l'exclusion des autres sociétés organisées, l'occupation au moment de l'affirmation de la souveraineté des Britanniques et l'existence de pratiques autochtones de longue date. Appliquant

established a manifest or palpable error in concluding that the appellants' rights were non-exclusive, and confined to user rights. However, he was of the view that the court was not in a position to express an opinion on the specific territorial scope of these rights.

(e) *Aboriginal Jurisdiction or Self-Government*

Wallace J.A. agreed that the claim for "jurisdiction" was for an undefined form of government over land and people in the territory, which would be paramount as against provincial laws in the case of a conflict. Wallace J.A. held, at p. 225, that this claim was "incompatible with every principle of the parliamentary sovereignty which vested in the Imperial Parliament in 1846". Moreover, British Columbia's entry into Canada in 1871 exhaustively distributed legislative power between the province and the federal government. Section 35 of the *Constitution Act, 1982* could not revive and protect any sovereignty rights which the Gitksan and Wet'suwet'en may have had.

(f) *Extinction*

Wallace J.A. agreed with Macfarlane J.A. on this issue. He set out the test ("clear and plain intention") and decided that the rights of use and occupation discussed above had not been extinguished.

(g) *Miscellaneous*

Wallace J.A. agreed that the appellants' damages claim should be dismissed, without deciding whether damages might be payable for wrongful interference with the Gitksan's and Wet'suwet'en's non-exclusive aboriginal rights in the territory. He also considered the appellants' claim that the appeal be adjourned in part for two years, during

ces principes aux conclusions de fait du juge de première instance, le juge Wallace a statué que les appelants n'avaient pas établi que le juge avait commis une erreur manifeste ou dominante en concluant que les droits des appelants n'étaient pas exclusifs et qu'ils se limitaient à des droits d'utilisation. Toutefois, il était d'avis que la cour n'était pas en mesure d'exprimer une opinion quant à la portée territoriale précise de ces droits.

e) *Droit ancestral à la compétence ou l'autonomie gouvernementale*

Le juge Wallace a convenu que la revendication relative à la «compétence» visait une forme indéterminée de gouvernement sur les terres et la population du territoire, qui aurait prépondérance sur les lois provinciales en cas de conflit. Le juge Wallace a conclu, à la p. 225, que cette revendication était [TRADUCTION] «incompatible avec tous les principes touchant la souveraineté parlementaire dont était investi le parlement impérial en 1846». Qui plus est, à l'entrée de la Colombie-Britannique dans le Canada en 1871, le pouvoir législatif avait été réparti de manière exhaustive entre la province et le gouvernement fédéral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait faire renaître et protéger quelque droit à la souveraineté qu'avaient pu avoir les Gitksan et les Wet'suwet'en.

f) *L'extinction*

Le juge Wallace a souscrit à la décision du juge Macfarlane sur cette question. Il a exposé le critère applicable (celui de l'«intention claire et expresse») et a décidé que les droits d'utilisation et d'occupation examinés précédemment n'avaient pas été éteints.

g) *Les autres questions*

Le juge Wallace a convenu que la demande en dommages-intérêts des appelants devait être rejetée, sans toutefois décider si des dommages-intérêts pourraient être payables pour atteinte fautive aux droits ancestraux non exclusifs des Gitksan et des Wet'suwet'en sur le territoire. Il a aussi examiné la demande des appelants que l'appel soit

45

46

47

which time the parties would attempt to negotiate an agreement regarding the geographic parameters of the claimed territory. The court would retain jurisdiction to determine issues or refer them to the trial court if the parties failed to reach an agreement during the two-year period. However, he noted that the role of the Court of Appeal is not to tailor its judgment to facilitate negotiation. The Court of Appeal is restricted to declaring the legal status of rights claimed, on the basis of the trial record.

(3) Lambert J.A. (dissenting)

(a) *General Principles*

48

Lambert J.A. considered at length the leading cases with regard to aboriginal rights in British Columbia. He set out a number of conclusions. He recognized that aboriginal title and aboriginal rights are *sui generis*, and not easily explicable in terms of ordinary western jurisprudential analysis or common law concepts. He noted that aboriginal title is a form of aboriginal rights, and is therefore protected by s. 35. All rights arise from the practices, customs and traditions which form an integral part of the distinctive culture of the aboriginal people, and were part of the social fabric of aboriginal society at the time of the arrival of the first Europeans. This co-existed with the settlers' common law rights from the time of contact until sovereignty. After that time, aboriginal rights that continued as part of the social fabric of the aboriginal society were protected by both their own internal institutions and the common law.

49

Lambert J.A. believed that aboriginal rights were not frozen at the time of contact. Rather, they must be permitted to maintain contemporary relevance in relation to the needs of the holders of the rights as those needs change along with the changes in overall society. The rights may be individual, or they may be collective, depending on

ajourné en partie pendant deux ans, période au cours de laquelle les parties tenteraient de négocier un accord sur les paramètres géographiques du territoire revendiqué. La cour conserverait compétence pour trancher les questions en litige ou les renvoyer au tribunal de première instance si les parties ne parvenaient pas à s'entendre pendant ces deux ans. Toutefois, il a souligné que le rôle de la Cour d'appel n'est pas de façonner sa décision afin de faciliter les négociations. La Cour d'appel n'a d'autre rôle que celui de statuer sur l'existence juridique des droits revendiqués au vu du dossier de première instance.

(3) Le juge Lambert (dissident)

a) *Les principes généraux*

Le juge Lambert a longuement examiné les arrêts clés en matière de droits ancestraux en Colombie-Britannique. Il a énoncé un certain nombre de conclusions. Il a reconnu que le titre aborigène et les droits ancestraux avaient un caractère *sui generis* et que ces notions n'étaient pas faciles à expliquer par l'analyse juridique occidentale ordinaire ou par les concepts de common law. Il a souligné que le titre aborigène est une forme de droit ancestral et qu'il est donc protégé par l'art. 35. Tous ces droits découlent des coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante de la culture distinctive des autochtones visés et qui faisaient partie du tissu social de la société autochtone au moment de l'arrivée des premiers Européens. À partir du moment du contact avec les Européens jusqu'à l'affirmation de la souveraineté, ces droits ont coexisté avec ceux reconnus aux colons par la common law. Par la suite, les droits ancestraux qui ont continué de faire partie du tissu social de la société autochtone étaient protégés par leurs propres institutions internes et par la common law.

Le juge Lambert a estimé que les droits ancestraux n'ont pas été figés au moment du contact avec les Européens, mais qu'il faut plutôt permettre à ces droits de garder leur pertinence dans le monde actuel eu égard aux besoins de leurs titulaires, besoins qui changent à mesure qu'évolue l'ensemble de la société. Ces droits peuvent être

how they were and are treated by aboriginal people. Moreover, they do not come from aboriginal practice dating from time immemorial. Rather, they come, under the doctrine of continuity, from the practices, customs and traditions of the aboriginal people.

Aboriginal rights are neither abrogated by the fact that similar rights may be held by non-aboriginal people nor because the holders of the rights participate in the wage or cash economy. A right to occupy, possess, use and enjoy land to the exclusion of all others does not mean that it must be confined to the activities carried on in 1846, or that its exercise requires a renunciation of the contemporary world.

(b) *Extinguishment*

Lambert J.A. considered the test for extinguishment from *Calder*, and expressly rejected Judson J.'s views. He derived the authority to do so from the way in which extinguishment was dealt with in *Sparrow*. In considering implicit extinguishment, he stated that it will only be held to occur where no other conclusion is possible from the particular instrument or conduct. It could not take place through adverse dominion. In the case of an inconsistency between a Crown grant of land and aboriginal title, the title should not necessarily give way in the absence of a clear and plain intention to extinguish. In any case, no grants or other interests were granted in the territory prior to 1871, and after that date, the British Columbia legislature had no power to legislate to extinguish, by adverse dominion, or otherwise. Lambert J.A. recognized, at p. 312, that because of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and the doctrine of interjurisdictional immunity, provincial legislation could not affect "Indians in their Indianness". This included aboriginal rights, since they are an integral part of aboriginal culture. This is not affected by s. 88 of the *Indian Act*.

soit individuels soit collectifs, selon la façon dont les autochtones les ont traités et les traitent. En outre, ils ne découlent pas de pratiques autochtones immémoriales. Ils viennent plutôt, selon la doctrine de la continuité, des coutumes, pratiques et traditions des autochtones.

Des droits ancestraux ne sont pas abrogés parce qu'il est possible que des droits similaires soient détenus par des non-autochtones, ni parce que leurs titulaires participent à l'économie salariale ou monétaire. Le droit d'occuper, de posséder, d'utiliser un territoire et d'en jouir à l'exclusion d'autrui ne signifie pas que ce droit doive se limiter aux activités pratiquées en 1846, ou que son exercice requière la renonciation au monde contemporain.

b) *L'extinction*

Le juge Lambert a examiné le critère établi dans l'arrêt *Calder* à l'égard de l'extinction et il a expressément rejeté l'opinion du juge Judson. Pour ce faire, il s'est appuyé sur la manière dont cette question a été traitée dans *Sparrow*. Relativement à l'extinction implicite, il a affirmé qu'on ne conclura à l'existence d'une telle situation que dans les cas où il est impossible de tirer quelque autre conclusion de l'instrument ou de la conduite en cause. Il ne peut y avoir extinction par possession adversative. En cas d'incompatibilité entre une concession accordée par l'État et un titre aborigène, le titre ne devrait pas nécessairement disparaître en l'absence d'une intention claire et expresse de l'éteindre. De toute façon, ni concession ni quelque autre intérêt visant le territoire en cause n'ont été accordés avant 1871 et, après cette date, la législature de la Colombie-Britannique n'avait pas le pouvoir de légiférer à des fins d'extinction, par possession adversative ou autrement. Le juge Lambert a reconnu à la p. 312 que, en raison du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la doctrine de l'exclusivité des compétences, la législation provinciale ne pouvait affecter les [TRADUCTION] «Indiens dans leur indianité», y compris leurs droits ancestraux, étant donné que ces droits font partie intégrante de la culture autochtone. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* ne change rien à cette situation.

50

51

52

Lambert J.A. applied the same principles to a consideration of whether the right to self-government had been extinguished. Neither the assertion of sovereignty nor the colonial enactments mentioned by the trial judge were sufficient to extinguish aboriginal rights in the claimed territory. He saw no incompatibility between statements that the Crown owned the land of the province and the notion that aboriginal title was a burden on the Crown's radical title. Moreover, there was no "inescapable inference" that the colonial enactments were intended to extinguish aboriginal interests. If this were the case, aboriginal peoples would instantly become trespassers on any lands not reserved for them as soon as the Crown took title. Finally, the evidence that the aboriginal peoples of northern British Columbia surrendered their title under Treaty No. 8 also suggested that they had title interests to surrender.

(c) *Findings at Trial*

53

Lambert J.A. considered the factual findings made by the trial judge and made a number of general observations. First, if a finding of fact is necessary to the decision in the case, it should be given more deference than a fact which is merely made in the course of the decision or for some incidental reason. Second, findings of historical fact based on historical or anthropological evidence given by historians and anthropologists should be given only the kind of weight that other historians or anthropologists might have given them. These social scientists do not always agree, circumstances change, and new material is discovered and interpreted. Third, the appellants' oral evidence should be weighed, like all evidence, against the weight of countervailing evidence and not against an absolute standard so long as it is enough to support an air of reality. Fourth, with the election of an NDP government in British Columbia in 1991, the province reconsidered its legal stance in this case. As such, it invited the court to confirm the existence of aboriginal rights of unspecified content over unspecified areas and to permit the parties to negotiate the precise content and the precise areas. In Lambert J.A.'s view, the

Le juge Lambert a appliqué les mêmes principes à la question de savoir si le droit à l'autonomie gouvernementale avait été éteint. Ni l'affirmation de la souveraineté ni les textes de loi coloniaux mentionnés par le juge de première instance n'ont suffi pour éteindre les droits ancestraux dans le territoire revendiqué. Il n'a vu aucune incompatibilité entre les affirmations selon lesquelles l'État est propriétaire des terres de la province et la notion que le titre aborigène constituait une charge grevant le titre absolu de l'État. En outre, il n'y avait aucune [TRADUCTION] «inférence inéluctable» que les textes de lois coloniaux visaient l'extinction des droits ancestraux. Si cela avait été le cas, les autochtones seraient automatiquement devenus des intrus sur toute terre qui ne leur était pas réservée dès que l'État en acquerrait le titre. Finalement, la preuve indiquant que les autochtones du nord de la Colombie-Britannique ont cédé leur titre aux termes du Traité n° 8 suggérait également qu'ils avaient des droits de cette nature à céder.

c) *Les conclusions de fait en première instance*

Le juge Lambert a examiné les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et a fait un certain nombre d'observations générales. Premièrement, si une conclusion de fait est nécessaire pour rendre décision dans une affaire, une plus grande retenue devrait être manifestée à son égard qu'à l'endroit de celles qui sont simplement tirées dans le cours de la décision ou pour quelque raison incidente. Deuxièmement, il ne devrait pas être accordé aux conclusions de fait d'ordre historique fondées sur les témoignages d'historiens et d'anthropologues une valeur probante plus grande que celle qu'ont pu leur accorder d'autres historiens ou anthropologues. Ces spécialistes des sciences sociales ne sont pas toujours d'accord, les circonstances changent et de nouveaux éléments sont découverts et interprétés. Troisièmement, le témoignage des appelants devrait, comme tout témoignage, être apprécié en regard de la valeur probante de la preuve contraire et non en regard d'une norme absolue, dans la mesure où il est suffisamment vraisemblable. Quatrièmement, à la suite de l'élection du gouvernement du parti néo-démocrate en Colombie-Britannique en 1991, la province a révisé sa position juridique dans cette

Crown, by adopting the position that it wished to negotiate the content and territorial scope of aboriginal rights, must be taken to have waived the argument that the findings of the trial judge must stand and that any aboriginal rights held by the Gitksan and Wet'suwet'en peoples must be confined to non-exclusive sustenance rights over the area covered by Map 5. In short, reliance on the findings of fact of the trial judge is entirely inconsistent with negotiation.

Nonetheless, Lambert J.A. was of the view that the findings of fact with respect to boundaries and with respect to the scope and content of aboriginal rights, including both rights in land and rights of self-government, cannot stand even in accordance with the usual principles governing the consideration of findings of fact, because they are flawed by errors of law.

With regard to the ownership claim, Lambert J.A. identified the following errors in the trial judge's reasons. In his view, the trial judge erred: (1) in not treating the ownership claim as a claim to aboriginal title and applied incorrect legal standards as a result; (2) in treating the claim to aboriginal title as a claim to a proprietary interest in land; (3) in applying a test of indefinite or long, long time use and occupation before the assertion of sovereignty; (4) in treating evidence of commercial interaction with the first Europeans as not being evidence of aboriginal practices; (5) in treating the rights to trap as being the exercise of rights other than aboriginal rights; (6) in rejecting evidence about commercial trapping and the evidence of Dr. Ray, a historical geographer who gave evidence at trial; (7) in rejecting possession, occupation, use, and enjoyment in a social sense as sufficient to establish aboriginal title; (8) in treating the test of possession and occupation as being whether

affaire. En conséquence, elle a invité la cour à confirmer l'existence de droits ancestraux de contenu indéterminé et visant des territoires non précisés, et à permettre aux parties de négocier ce contenu et ces territoires. Selon le juge Lambert, il faut considérer que, ayant décidé qu'il désirait négocier le contenu et la portée territoriale des droits ancestraux, l'État est réputé avoir renoncé à l'argument que les conclusions du juge de première instance doivent être maintenues et que tout droit ancestral dont sont titulaires les Gitksan et les Wet'suwet'en se limite à des droits d'exploitation à des fins de subsistance non exclusifs visant le territoire délimité par la carte 5. Bref, le fait de se fonder sur les conclusions de fait du juge de première instance est tout à fait incompatible avec la tenue de négociations.

Néanmoins, le juge Lambert était d'avis que les conclusions de fait relatives aux limites du territoire ainsi qu'à la portée et au contenu des droits ancestraux, y compris les droits fonciers et les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, ne sauraient être maintenues, même en regard des principes ordinaires régissant l'appréciation des conclusions de fait, étant donné qu'elles sont entachées d'erreurs de droit.

En ce qui concerne la revendication de la propriété, le juge Lambert a décelé les erreurs suivantes dans les motifs du juge de première instance. Selon lui, le juge de première instance a fait erreur (1) en ne traitant pas la revendication de la propriété comme la revendication du titre aborigène, et en appliquant, en conséquence, des normes juridiques incorrectes; (2) en traitant la revendication du titre aborigène comme la revendication d'un intérêt de propriété sur le territoire; (3) en appliquant le critère de l'utilisation et de l'occupation pendant une période indéfinie ou très longue avant l'affirmation de la souveraineté; (4) en considérant que la preuve relative aux échanges commerciaux avec les premiers Européens n'était pas une preuve des pratiques autochtones; (5) en considérant les droits de piégeage comme l'exercice de droits autres que des droits ancestraux; (6) en rejetant la preuve relative au piégeage commercial et le témoignage du professeur Ray, spécialiste

54

55

there was a law which would have required a trespasser to depart; (9) in considering that aboriginal rights cannot be held jointly by more than one people; (10) in not concluding that aboriginal title could rest on occupation, possession, use, and enjoyment of land even though that occupation may have diminished in the period after contact; (11) in his treatment of blanket extinguishment of aboriginal title; and (12) in concluding that all aboriginal rights had been extinguished by the colonial instruments. These errors of law led to an incorrect conclusion on the part of the trial judge about the existence of aboriginal title. His findings of fact can be reconsidered on appellate review.

de la géographie historique qui a témoigné au procès; (7) en rejetant les notions de possession, d'occupation, d'utilisation et de jouissance prises dans leur sens social comme des éléments suffisants pour établir l'existence d'un titre aborigène; (8) en considérant que le critère de la possession et de l'occupation revenait à se demander s'il existait une règle de droit qui aurait forcé un intrus à quitter les lieux; (9) en considérant que des droits ancestraux ne peuvent être détenus conjointement par différents peuples; (10) en ne concluant pas que le titre aborigène pouvait reposer sur l'occupation, la possession, l'utilisation et la jouissance du territoire, même si cette occupation a pu diminuer dans la période qui a suivi le contact avec les Européens; (11) en examinant comme il l'a fait la question de l'extinction générale du titre aborigène; (12) en concluant que tous les droits ancestraux avaient été éteints par les instruments coloniaux. Ces erreurs de droit ont entraîné une conclusion erronée de la part du juge de première instance quant à l'existence du titre aborigène. Ses conclusions de fait peuvent être réexaminées en appel.

56

With regard to the jurisdiction claim, Lambert J.A. stated that the trial judge erred: (1) in treating the claim to jurisdiction as a claim to govern territory and assert sovereignty over the territory; (2) in trying to define the appellants' claim in terms of the answers given by one witness in cross-examination; (3) in concluding that the claim to jurisdiction must fail because the nature of aboriginal self-government and self-regulation was such that it does not produce a set of binding and enforceable laws; and (4) in considering that the existence of a legislative institution is an essential part of the existence of an aboriginal right to self-government. Because of these errors of law, the trial judge's conclusions were wrong.

En ce qui a trait à la revendication relative à la compétence, le juge Lambert a affirmé que le juge de première instance avait fait erreur (1) en considérant cette revendication comme la revendication par les demandeurs du droit de gouverner le territoire et d'affirmer leur souveraineté sur celui-ci; (2) en essayant de définir la revendication des appelants au moyen des réponses données par un témoin en contre-interrogatoire; (3) en concluant que la revendication relative à la compétence doit être rejetée parce que l'autonomie gouvernementale et l'autoréglementation autochtones étaient de nature telle qu'elles ne constituent pas un ensemble de règles de droit applicables et obligatoires; (4) en considérant que l'existence d'une institution législative est un élément essentiel de l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale. En raison de ces erreurs de droit, les conclusions du juge de première instance étaient erronées.

57

With regard to the claim to aboriginal rights, Lambert J.A. was of the view that the trial judge erred: (1) in not treating the evidence of occupa-

Relativement à la revendication de droits ancestraux, le juge Lambert était d'avis que le juge de première instance avait fait erreur (1) en ne consi-

tion, possession, use, and enjoyment of the territory in an organized way by the appellants for their purposes, but particularly for sustenance, as being sufficient to establish aboriginal title to much of the land within the territory; (2) in separating commercial practices of aboriginal people from other practices and saying that commercial practices were not aboriginal practices; (3) in not considering the evidence of trading practices with neighbouring peoples; (4) in his treatment of the question of exclusivity both in relation to aboriginal title and sustenance rights; and (5) in considering participation in the wage or cash economy in relation to the existence (or non-existence) of aboriginal title. Again, given these errors of law, Lambert J.A. asserted that an appellate court had jurisdiction to intervene and set aside the trial judge's findings.

(d) *Substituted Findings*

In light of these errors, Lambert J.A. substituted his own findings of fact for those of the trial judge. In his view, the evidence established that in 1846, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples occupied, possessed, used and enjoyed their traditional ancestral lands in accordance with their own practices, customs and traditions which were an integral part of their distinctive culture. Those ancestral lands extend throughout the claimed territory, well beyond the area indicated in Map 5. In areas where there were no conflicting claims to user rights, the appellants' rights should be characterized as aboriginal title. In areas of shared occupancy and use, the appellants' title would be shared-exclusive aboriginal title. In areas where the Gitksan and Wet'suwet'en peoples did not occupy, possess or use the land as an integral part of their culture, they would not have title, but may have aboriginal sustenance rights. These rights were not extinguished through any blanket extinguishment in the colonial period. Precise legislation related to a specific area may have extinguished some rights. However, no such legislation was before the court. The geographic scope of the

dérant pas que la preuve de l'occupation, de la possession, de l'utilisation et de la jouissance du territoire par les appelants, d'une façon organisée et pour leurs propres fins, mais particulièrement à des fins de subsistance, était suffisante pour établir le titre aborigène sur une grande partie des terres du territoire; (2) en séparant les pratiques commerciales des autochtones des autres pratiques, et en disant que les pratiques commerciales n'étaient pas des pratiques autochtones; (3) en ne tenant pas compte de la preuve de pratiques commerciales avec les peuples voisins; (4) en examinant comme il l'a fait la question de l'exclusivité tant en rapport avec le titre aborigène qu'avec les droits d'exploitation à des fins de subsistance; (5) en tenant compte de la participation à l'économie salariale ou monétaire pour statuer sur l'existence (ou l'inexistence) du titre aborigène. À nouveau, compte tenu de ces erreurs de droit, le juge Lambert a affirmé qu'une cour d'appel a compétence pour intervenir et infirmer les conclusions du juge de première instance.

d) *La substitution des conclusions*

À la lumière de ces erreurs, le juge Lambert a substitué ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. Selon lui, la preuve établissait que, en 1846, les Gitksan et les Wet'suwet'en occupaient, possédaient et utilisaient leurs terres ancestrales traditionnelles et en avaient la jouissance conformément à leurs propres coutumes, pratiques et traditions qui faisaient partie intégrante de leur culture distinctive. Ces terres ancestrales s'étendent sur l'ensemble du territoire revendiqué, bien au-delà du territoire délimité sur la carte 5. Dans les secteurs où il n'y avait pas de revendications conflictuelles de droits d'utilisation, les droits des appelants devraient être qualifiés de titre aborigène. Dans les secteurs où il y a occupation et utilisation partagées, le titre des appelants serait un titre aborigène exclusif-partagé. Dans les secteurs où les Gitksan et les Wet'suwet'en n'ont pas occupé, possédé ou utilisé les terres en tant que partie intégrante de leur culture, ils n'auraient pas de titre, mais ils pourraient y avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance. Aucune mesure d'extinction générale n'a éteint ces droits pendant la période coloniale. Il est possible

rights was a matter to be negotiated between the parties, and failing negotiation, needed to be determined by a new trial.

qu'un texte de loi donné, visant un secteur particulier, ait éteint certains droits, mais aucun texte de ce genre n'a été présenté à la cour. La portée géographique des droits était une question devant faire l'objet de négociations entre les parties ou, à défaut de négociations, être tranchée dans le cadre d'un nouveau procès.

59 Lambert J.A. also concluded that in 1846, the appellants' ancestors had rights of self-government and self-regulation, which rested on the practices, customs and traditions of those people which formed an integral part of their distinctive cultures. It is true that the rights may have been diminished by the assertion of British sovereignty, but those rights that continue are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

Le juge Lambert a aussi conclu que, en 1846, les ancêtres des appelants possédaient des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation qui reposaient sur leurs coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de leur culture distinctive. Il est vrai que ces droits ont pu être diminués par l'affirmation de la souveraineté des Britanniques, mais ceux qui existent encore sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

60 Turning to aboriginal sustenance rights, Lambert J.A. stated that they are entirely encompassed within aboriginal title in those areas where Gitksan and Wet'suwet'en aboriginal title exists. They also may exist in areas outside of title lands. In areas where such rights were shared by a number of peoples, the appellants' rights may be limited to specific sustenance activities as opposed to exclusive or shared-exclusive use and occupation.

Abordant ensuite la question des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance, le juge Lambert a affirmé qu'ils sont entièrement compris dans le titre aborigène visant les terres à l'égard desquelles les Gitksan et les Wet'suwet'en possèdent un tel titre. Ils peuvent également exister à l'égard de secteurs non compris dans des terres visées par un titre. Sur les terres où ces droits étaient partagés par un certain nombre de peuples, il est possible que les droits des appelants se limitent à certaines activités précises de subsistance, par opposition à une utilisation et à une occupation exclusives ou exclusives-partagées.

(e) *Other Issues*

e) *Les autres questions*

61 With regard to the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1, Lambert J.A. expressed no views on its application or effect in the claimed territory and its inhabitants. With regard to infringement or denial of the appellants' rights in the claimed territory, Lambert J.A. concluded that the evidence in the case did not permit a proper consideration of the issues. Each infringement or denial would have to be examined in relation to the specific circumstances.

En ce qui concerne la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1, le juge Lambert n'a exprimé aucune opinion quant à l'application ou à l'effet de ce texte sur le territoire revendiqué et sur ses habitants. Pour ce qui est de l'atteinte aux droits des appelants ou de la négation de ces droits, le juge Lambert a conclu que, en l'espèce, la preuve ne permettait pas de faire un examen adéquat de ces questions. Chaque atteinte ou négation devrait être examinée en fonction des circonstances particulières à chaque cas.

(f) *Disposition*

Lambert J.A. would have allowed the appeal, and made a number of declarations. First, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal title to occupy, possess, use and enjoy all or some of the land within the claimed territory. The land covered by aboriginal title at that time extended far beyond village sites and the immediate areas surrounding. Second, he would declare that the Gitksan and Wet'suwet'en peoples may have had aboriginal sustenance rights, including hunting, fishing, gathering, and similar rights over any parts of the land within the claimed territory to which aboriginal title did not extend. He would also declare that the aboriginal title and the aboriginal sustenance rights described may have been exclusive to the Gitksan in certain areas and exclusive to the Wet'suwet'en in others, and in some they may have shared with each other, or other aboriginal peoples, or non-aboriginals.

Lambert J.A. would have also declared that the appellants' ancestors had, at the time of the assertion of British sovereignty in 1846, aboriginal rights of self-government and self-regulation relating to their own organized society, its members, its institutions and its sustenance rights. These rights were recognized by, incorporated into, and protected by the common law after 1846. They have not been extinguished by any form of blanket extinguishment. Hence, they exist in modern form, subject only to specific extinguishment of the specific title or specific sustenance right in a specific area. However, the right of aboriginal self-government did not include any rights that were inconsistent with British sovereignty, any rights that are repugnant to natural justice, equity and good conscience, and have not been modified to overcome that repugnancy, and any rights which are contrary to the part of the common law that applied to the

f) *Le dispositif*

Le juge Lambert aurait accueilli l'appel et prononcé certaines déclarations. Premièrement, il était d'avis de déclarer que les Wet'suwet'en et les Gitksan possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, un titre aborigène fondant leur occupation, possession, utilisation et jouissance de tout ou partie des terres comprises dans le territoire revendiqué. Les terres visées par ce titre aborigène à l'époque s'étendaient bien au-delà du site des villages et de leurs environs. Deuxièmement, le juge Lambert aurait déclaré que les Gitksan et les Wet'suwet'en ont pu avoir des droits ancestraux d'exploitation à des fins de subsistance — y compris des droits de chasse, de pêche et de cueillette, ainsi que d'autres droits analogues — sur certaines parties du territoire revendiqué non visées par le titre aborigène. Il était aussi d'avis de déclarer que le titre aborigène et les droits ancestraux susmentionnés ont pu appartenir exclusivement aux Gitksan à certains endroits et exclusivement aux Wet'suwet'en à d'autres, et qu'à certains endroits les deux groupes ont pu les partager soit ensemble soit avec d'autres peuples autochtones ou avec des non-autochtones.

Le juge Lambert aurait aussi déclaré que les ancêtres des appelants possédaient, à l'époque de l'affirmation de la souveraineté par les Britanniques en 1846, des droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation visant leur propre société organisée, ainsi que ses membres, ses institutions et ses droits d'exploitation à des fins de subsistance de cette société. Après 1846, ces droits ont été intégrés à la common law et protégés par celle-ci. Ils n'ont pas été éteints par quelque mesure d'extinction générale que ce soit. Par conséquent, ils existent sous une forme contemporaine, sous réserve seulement de l'extinction d'un titre particulier ou d'un droit d'exploitation à des fins de subsistance particulier visant un territoire précis. Cependant, le droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale ne comportait ni droit inconciliable avec la souveraineté britannique, ni droit incompatible avec la justice naturelle, l'équité et la bonne conscience qui n'aurait pas été modifié pour éliminer cette incom-

territory, the Gitksan and Wet'suwet'en peoples and their institutions.

64 Lambert J.A. would also declare that these aboriginal title rights, aboriginal rights of self-government and self-regulation, and aboriginal sustenance rights may have been subject, after 1846 to specific extinguishment by the clear and plain extinguishing intention of the Sovereign Power, legislatively expressed by Parliament. Any specific extinguishment of specific rights might have been express or implicit, and, if implicit, it may have been brought about by the legislation itself (implied extinguishment) or by acts authorized by the legislation (extinguishment by adverse dominion), provided the intention to extinguish was contained within the legislative expression and was clear and plain. Instances of such specific extinguishment could not be decided on this appeal.

65 Lambert J.A. would declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, exercisable in relation to their aboriginal title, would include the specific rights claimed in this appeal by the plaintiffs in relation to aboriginal title. He would also declare that the present aboriginal rights of self-government and self-regulation of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples would include rights of self-government and self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity.

66 Finally, Lambert J.A. would remit a number of questions back to trial. These include the question of the territorial boundaries for both title and sustenance rights; the degree of exclusivity or shared exclusivity which the appellants hold, on both the territories over which they have title and the territories over which they have sustenance rights; the scope and content of the sustenance rights; the scope and content of the rights to self-government and self-regulation; and all questions relating to

patibilité, ni droit contraire à la partie de la common law qui s'appliquait au territoire, ainsi qu'aux Gitksan, aux Wet'suwet'en et à leurs institutions.

Le juge Lambert était aussi d'avis de déclarer que ces droits au titre aborigène, ainsi que ces droits ancestraux à l'autonomie gouvernementale, à l'autoréglementation et à l'exploitation à des fins de subsistance ont pu faire l'objet, après 1846, d'une extinction particulière par la manifestation de l'intention claire et expresse à cette fin du pouvoir du Souverain, exprimée législativement par le Parlement. Toute mesure d'extinction particulière de droits donnés aurait été expresse ou implicite et, dans ce dernier cas, aurait pu découler soit du texte de loi lui-même (extinction implicite) soit d'actes autorisés par ce texte (extinction par possession adversative), à la condition que cette intention d'extinction ait été présente dans la mesure législative et qu'elle ait été claire et expresse. Les cas d'extinction de ce genre ne pouvaient pas être tranchés dans le cadre de l'appel.

Le juge Lambert aurait déclaré que seraient compris parmi les droits ancestraux actuels des Gitksan et des Wet'suwet'en à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation — droits pouvant être exercés relativement à leur titre aborigène — les droits précis revendiqués en appel par les demandeurs relativement à ce titre. Il était également d'avis de déclarer que ces droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation comprendraient aussi les droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation pouvant être exercés par l'entremise de leurs propres institutions pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle.

Finalement, le juge Lambert aurait renvoyé un certain nombre de questions au tribunal de première instance, dont celle des limites territoriales tant du titre aborigène que des droits d'exploitation à des fins de subsistance; le degré d'exclusivité ou d'exclusivité partagée dont sont titulaires les appellants, à la fois sur les territoires à l'égard desquels ils ont un titre et sur ceux où ils possèdent des droits d'exploitation à des fins de subsistance; la portée et le contenu de ces droits d'exploitation à

the plaintiffs' entitlement to damages and the quantum of damages. He would have also awarded the plaintiffs their costs, both in the Court of Appeal, and at trial.

(4) Hutcheon J.A. (dissenting in part)

(a) *Rights to Land*

Hutcheon J.A. agreed with the trial judge that the *Royal Proclamation, 1763* did not apply to the territory or its inhabitants. Nonetheless, the policy reflected in the *Proclamation* was, generally speaking, acceptance of aboriginal rights to land. Moreover, Hutcheon J.A. concluded on the basis of *Calder* and *Sparrow* that the colonial enactments did not extinguish the aboriginal rights in the claimed territory. He found it unnecessary to decide whether a grant in fee simple extinguishes aboriginal title or whether entitlement to compensation arises in such circumstances.

(b) *Nature of the Rights*

Hutcheon J.A. accepted that aboriginal rights to land existed prior to 1846 over the claimed territory. He found it sufficient to say, at p. 389, that aboriginal rights can "compete on an equal footing" with proprietary interests. Additionally, he noted that these rights are collective, inalienable except to the Crown, and extend to the traditional territory of the particular people.

(c) *Territory*

Hutcheon J.A. disagreed with the trial judge's conclusion that the appellants' ancestors occupied or controlled only the villages in the territory and the immediately surrounding areas. In Hutcheon J.A.'s view, the trial judge misapprehended the legal test for occupation and disregarded the independent evidence which showed that the territory occupied or controlled by the appellants extended far beyond the villages.

des fins de subsistance; la portée et le contenu des droits à l'autonomie gouvernementale et à l'autoréglementation; ainsi que toutes les questions relatives au droit des demandeurs à des dommages-intérêts et au montant de ceux-ci. Il était d'avis aussi d'accorder aux demandeurs leurs dépens, tant devant la Cour d'appel qu'en première instance.

(4) Le juge Hutcheon (dissident en partie)

a) *Les droits fonciers*

Le juge Hutcheon était d'accord avec le juge de première instance que la *Proclamation royale de 1763* ne s'appliquait pas au territoire ou à ses habitants. Néanmoins, la *Proclamation* reflétait, de façon générale, une politique d'acceptation des droits fonciers ancestraux. En outre, le juge Hutcheon a conclu, en se fondant sur les arrêts *Calder* et *Sparrow*, que les lois coloniales n'avaient pas éteint les droits ancestraux sur le territoire revendiqué. Il a jugé qu'il n'était pas nécessaire de décider si une concession en fief simple éteint le titre aborigène ou si le droit à une indemnité naît dans de telles circonstances.

b) *La nature des droits*

Le juge Hutcheon a accepté que des droits fonciers ancestraux existaient avant 1846 à l'égard du territoire revendiqué. Il a estimé suffisant de dire, à la p. 389, que les droits ancestraux peuvent [TRADUCTION] «concurrer sur un pied d'égalité» des droits de propriété. De plus, il a souligné que ces droits sont collectifs, qu'ils sont inaliénables sauf en faveur de l'État et qu'ils s'étendent au territoire traditionnel du peuple concerné.

c) *Le territoire*

Le juge Hutcheon a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que les ancêtres des appelants n'avaient occupé ou contrôlé que les villages se trouvant dans le territoire et leurs environs immédiats. Selon le juge Hutcheon, le juge de première instance a mal saisi le critère juridique relatif à l'occupation et il n'a pas tenu compte de la preuve indépendante qui démontrait que le territoire occupé ou contrôlé par les appelants s'étendait bien au-delà des villages.

67

68

69

(d) *Self-Regulation*

70 The traditions of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples existed long before 1846 and continued thereafter. They included the right to names and titles, the use of masks and symbols in rituals, the use of ceremonial robes, and the right to occupy and control places of economic importance. The traditions also included the institution of the clans and the Houses in which membership descended through the mother and the feast system. They regulated marriage and relations with neighbouring societies. The right to practise these traditions was not lost, although the *Indian Act* and provincial laws have affected the appellants' right to self-regulation. Only negotiations will define with greater specificity the areas and terms under which the appellants and the federal and provincial governments will exercise jurisdiction in respect of the appellants, their institutions, and laws.

(e) *Disposition*

71 Hutcheon J.A. would have allowed the appeal and have made a number of declarations. First, he would declare that all of the aboriginal rights of the appellants were not extinguished before 1871. Second, the appellants continue to have existing aboriginal rights to undefined portions of land within the claimed territory. Third, the appellants have rights of self-regulation exercisable through their own institutions to preserve and enhance their social, political, cultural, linguistic and spiritual identity. He would have remitted the outstanding matters to the Supreme Court of British Columbia, and stayed the proceedings for two years from the date of the judgment, or such shorter or longer period, in order for the parties to agree about the lands in respect of which the appellants have aboriginal rights, the scope of such rights on and to such lands, the scope of the right of self-regulation, and the appellants' entitlement to and quantum of

d) *L'autoréglementation*

Les traditions des Gitksan et des Wet'suwet'en existaient bien avant 1846 et elles ont continué d'exister par la suite. Elles comprenaient le droit de porter des noms et des titres, d'utiliser des masques et des symboles dans des rituels, d'utiliser des vêtements cérémoniels et d'occuper et de contrôler les lieux ayant une importance économique. Les traditions comprenaient aussi l'institution de clans et de maisons auxquels l'appartenance était régie par la filiation matrilinéaire, et le système des célébrations. Ces traditions régissaient le mariage et les relations entre sociétés voisines. Le droit de pratiquer ces traditions n'a pas été perdu, bien que la *Loi sur les Indiens* et les lois provinciales aient affecté le droit des appelants à l'autoréglementation. Seules des négociations permettront de définir avec plus de précision les territoires où les appelants et les gouvernements fédéral et provinciaux exerceront leurs compétences sur les appelants, sur leurs institutions et sur leurs règles de droit, ainsi que les modalités d'exercices de ces compétences.

e) *Le dispositif*

Le juge Hutcheon était d'avis d'accueillir l'appel et de prononcer un certain nombre de déclarations. Premièrement, il aurait déclaré que tous les droits ancestraux des appelants n'ont pas été éteints avant 1871. Deuxièmement, les appelants continuent d'avoir des droits ancestraux existants sur des parties indéterminées du territoire revendiqué. Troisièmement, les appelants possèdent des droits à l'autoréglementation qu'ils peuvent exercer par l'entremise de leurs propres institutions pour préserver et renforcer leur identité sociale, politique, culturelle, linguistique et spirituelle. Il aurait renvoyé les questions non résolues à la Cour suprême de la Colombie-Britannique et suspendu les procédures pendant deux ans à compter de la date du jugement, ou pour une période plus courte ou plus longue, afin de permettre aux parties de s'entendre sur les terres à l'égard desquelles les appelants possèdent des droits ancestraux, sur la portée de tels droits à ces terres et sur celles-ci, sur la portée du droit à l'autoréglementation et sur le droit des appelants à des dommages-intérêts et sur

damages. Hutcheon J.A. would have awarded the appellants their costs throughout the proceedings.

IV. Issues

The following are the principal issues which must be addressed in this appeal. As will become apparent in my analysis, some of these issues in turn raise a number of sub-issues which I will address as well:

- A. Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government?
- B. What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge?
- C. What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and what is required for its proof?
- D. Has a claim to self-government been made out by the appellants?
- E. Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the *Indian Act*?

V. Analysis

- A. *Do the pleadings preclude the Court from entertaining claims for aboriginal title and self-government?*

In their pleadings, the appellants, 51 Chiefs representing most of the Houses of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, originally advanced 51 individual claims on their own behalf and on behalf of their houses for "ownership" and "jurisdiction" over 133 distinct territories which together comprise 58,000 square kilometres of northwestern British Columbia. On appeal, that original claim was altered in two different ways. First, the claims for ownership and jurisdiction have been replaced with claims for aboriginal title and self-govern-

le montant de ceux-ci. Le juge Hutcheon aurait accordé aux appelants leurs dépens dans toutes les cours.

IV. Les questions en litige

Les principales questions qui doivent être tranchées dans le présent pourvoi sont énoncées ci-dessous. Comme il ressortira de mon analyse, certaines de ces questions soulèvent des sous-questions, que j'examinerai également:

- A. Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?
- B. Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?
- C. Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et comment fait-on la preuve de son existence?
- D. Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?
- E. La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*?

V. L'analyse

- A. *Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'examiner les revendications relatives au titre aborigène et à l'autonomie gouvernementale?*

Dans leurs actes de procédure, les appelants — 51 chefs représentant la plupart des maisons des nations Gitksan et Wet'suwet'en — ont initialement présenté, en leur propre nom et au nom de leurs maisons, 51 revendications individuelles sollicitant la «propriété» de 133 territoires distincts totalisant 58 000 kilomètres carrés dans la partie nord-ouest de la Colombie-Britannique, ainsi que la «compétence» sur ces territoires. En appel, cette revendication initiale a été modifiée de deux façons. Premièrement, les revendications relatives

ment, respectively. Second, the individual claims by each house have been amalgamated into two communal claims, one advanced on behalf of each nation. However, there were no formal amendments to the pleadings to this effect, and the respondents accordingly argue that claims which are central to this appeal are not properly before the Court. Furthermore, the respondents argue that they have suffered prejudice as a result because they might have conducted the defence quite differently had they known the case to meet.

à la propriété des territoires et à la compétence sur ceux-ci ont été remplacées respectivement par la revendication du titre aborigène et la revendication de l'autonomie gouvernementale. Deuxièmement, les revendications individuelles présentées par chaque maison ont été fusionnées en deux revendications collectives, une au nom de chaque nation. Toutefois, aucune modification en ce sens n'a été apportée formellement aux actes de procédure, et les intimés affirment par conséquent que la Cour n'est pas régulièrement saisie de revendications qui sont au centre du présent pourvoi. En outre, les intimés prétendent qu'ils ont en conséquence subi un préjudice, puisqu'ils auraient peut-être présenté leur défense d'une tout autre façon s'ils avaient su ce à quoi ils devaient répondre.

74 I reject the respondents' submission with respect to the substitution of aboriginal title and self-government for the original claims of ownership and jurisdiction. Although it is true that the pleadings were not formally amended, the trial judge, at p. 158, did allow a *de facto* amendment to permit "a claim for aboriginal rights other than ownership and jurisdiction". Had the respondents been concerned about the prejudice arising from this ruling, they could have appealed accordingly. However, they did not, and, as a result, the decision of the trial judge on this point must stand.

Je rejette l'argument des intimés en ce qui a trait à la substitution de la revendication du titre aborigène et de l'autonomie gouvernementale aux revendications initiales relatives à la propriété et à la compétence. Même s'il est vrai que les actes de procédure n'ont pas été formellement modifiés, le juge de première instance, à la p. 158, a bel et bien accepté une modification *de facto* pour permettre [TRADUCTION] «la revendication de droits ancestraux autres que la propriété et la compétence». Si les intimés avaient cru que cette décision pouvait leur porter préjudice, ils auraient pu en appeler. Cependant, ils ne l'ont pas fait et, par conséquent, la décision du juge de première instance sur ce point doit être maintenue.

75 Moreover, in my opinion, that ruling was correct because it was made against the background of considerable legal uncertainty surrounding the nature and content of aboriginal rights, under both the common law and s. 35(1). The content of common law aboriginal title, for example, has not been authoritatively determined by this Court and has been described by some as a form of "ownership". As well, this case was pleaded prior to this Court's decision in *Sparrow, supra*, which was the first statement from this Court on the types of rights that come within the scope of s. 35(1). The law has rapidly evolved since then. Accordingly, it was just and appropriate for the trial judge to allow for

En outre, je suis d'avis que cette décision était exacte, parce qu'elle a été prise dans un contexte d'incertitude juridique considérable quant à la nature et au contenu des droits ancestraux, tant en vertu de la common law qu'en vertu du par. 35(1). Par exemple, notre Cour n'a pas encore statué de façon définitive sur le contenu du titre aborigène en common law, que certains ont décrit comme une forme de «propriété». Par ailleurs, la présente affaire a été plaidée avant que notre Cour rende l'arrêt *Sparrow*, précité, où elle se prononçait pour la première fois sur le type de droits qui sont visés au par. 35(1). Le droit a évolué rapidement depuis. Par conséquent, il était juste et convenable que le

an amendment to pleadings which were framed when the jurisprudence was in its infancy.

However, no such amendment was made with respect to the amalgamation of the individual claims brought by the 51 Gitksan and Wet'suwet'en Houses into two collective claims, one by each nation, for aboriginal title and self-government. Given the absence of an amendment to the pleadings, I must reluctantly conclude that the respondents suffered some prejudice. The appellants argue that the respondents did not experience prejudice since the collective and individual claims are related to the extent that the territory claimed by each nation is merely the sum of the individual claims of each House; the external boundaries of the collective claims therefore represent the outer boundaries of the outer territories. Although that argument carries considerable weight, it does not address the basic point that the collective claims were simply not in issue at trial. To frame the case in a different manner on appeal would retroactively deny the respondents the opportunity to know the appellants' case.

This defect in the pleadings prevents the Court from considering the merits of this appeal. However, given the importance of this case and the fact that much of the evidence of individual territorial holdings is extremely relevant to the collective claims now advanced by each of the appellants, the correct remedy for the defect in pleadings is a new trial, where, to quote the trial judge at p. 368, "[i]t will be for the parties to consider whether any amendment is required in order to make the pleadings conform with the evidence". Moreover, as I will now explain, there are other reasons why a new trial should be ordered.

juge de première instance permette la modification d'actes de procédure qui ont été rédigés lorsque la jurisprudence en était encore à ses balbutiements.

Cependant, aucune modification de la sorte n'a été apportée en ce qui a trait à la fusion des revendications individuelles présentées par les 51 maisons Wet'suwet'en et Gitksan en deux revendications collectives, une pour chaque nation, sollicitant un titre aborigène et l'autonomie gouvernementale. Étant donné l'absence de modification des actes de procédure, je dois, avec réticence, conclure que les intimés ont subi un certain préjudice. Les appelants affirment que les intimés n'ont pas subi de préjudice puisque les revendications collectives et individuelles sont liées, dans la mesure où le territoire revendiqué par chaque nation est simplement la somme des revendications individuelles de chaque maison, les limites extrêmes des revendications collectives représentant donc les limites extérieures des territoires externes. Même si cet argument a un poids considérable, il ne répond pas au point fondamental que les revendications collectives n'étaient tout simplement pas en litige en première instance. Redéfinir le litige en appel aurait pour effet de nier rétroactivement aux intimés la possibilité de savoir quelle est la cause des appelants.

Ce vice dans les actes de procédure empêche notre Cour d'examiner le fond du présent pourvoi. Toutefois, vu l'importance de l'affaire et le fait qu'une grande partie de la preuve relative aux divers territoires possédés est extrêmement pertinente à l'égard des revendications collectives que présentent maintenant les appelants, la réparation convenable à l'égard du vice dont sont entachés les actes de procédure est la tenue d'un nouveau procès au cours duquel, comme l'a dit le juge de première instance, à la p. 368, [TRADUCTION] «[i]l reviendra aux parties de se demander si une modification est nécessaire pour rendre les actes de procédure conformes à la preuve». En outre, comme je vais maintenant l'expliquer, il y a d'autres raisons pour lesquelles un nouveau procès doit être ordonné.

B. *What is the ability of this Court to interfere with the factual findings made by the trial judge?*

(1) General Principles

78

I recently reviewed the principles governing the appellate review of findings of fact in *Van der Peet, supra*. As a general rule, this Court has been extremely reluctant to interfere with the findings of fact made at trial, especially when those findings of fact are based on an assessment of the testimony and credibility of witnesses. Unless there is a “palpable and overriding error”, appellate courts should not substitute their own findings of fact for those of the trial judge. The leading statement of this principle can be found in *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, *per* Ritchie J., at p. 808:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial.

The same deference must be accorded to the trial judge’s assessment of the credibility of expert witnesses: see *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247.

79

The policy reason underlying this rule is protection of “[t]he autonomy and integrity of the trial process” (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at p. 278), which recognizes that the trier of fact, who is in direct contact with the mass of the evidence, is in the best position to make findings of fact, particularly those which turn on credibility. Moreover, *Van der Peet* clarified that deference was owed to findings of fact even when the trial judge misapprehended the law which was applied to those facts, a problem which can arise in quickly

B. *Quel pouvoir notre Cour a-t-elle de modifier les conclusions de fait du juge de première instance?*

(1) Les principes généraux

Récemment, dans l’arrêt *Van der Peet*, précité, j’ai examiné les principes régissant la révision, en appel, des conclusions de fait. De façon générale, notre Cour s’est montrée extrêmement réticente à modifier des conclusions de fait tirées en première instance, particulièrement lorsque ces conclusions de fait sont fondées sur l’appréciation des témoignages et de la crédibilité des témoins. Sauf «erreur manifeste et dominante», les cours d’appel ne devraient pas substituer leurs propres conclusions de fait à celles du juge de première instance. L’énoncé jurisprudentiel de ce principe qui fait autorité a été exposé par le juge Ritchie dans *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu’elles ne doivent pas être modifiées à moins qu’il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d’appel ait l’obligation de réexaminer la preuve afin de s’assurer qu’aucune erreur de ce genre n’a été commise, j’estime qu’il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès.

Il faut faire montre de la même retenue à l’égard de l’appréciation par le juge de première instance de la crédibilité des témoins experts: voir *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247.

La raison de principe qui sous-tend cette règle est la protection de «l’autonomie et [de] l’intégrité du procès» (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, à la p. 278), qui reconnaît que le juge des faits — qui est en contact direct avec l’ensemble de la preuve — est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, particulièrement celles concernant la crédibilité. En outre, l’arrêt *Van der Peet* a précisé qu’il faut faire montre de retenue à l’égard des conclusions de fait, même lorsque le juge du procès a mal saisi le droit qu’il a appliqué aux faits en

evolving areas of law such as the jurisprudence surrounding s. 35(1).

I recently held, in *Van der Peet*, that these general principles apply to cases litigated under s. 35(1). On the other hand, while accepting the general principle of non-interference, this Court has also identified specific situations in which an appeal court can interfere with a finding of fact made at trial. For example, appellate intervention is warranted "where the courts below have misapprehended or overlooked material evidence": see *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474, at p. 493. In cases involving the determination of aboriginal rights, appellate intervention is also warranted by the failure of a trial court to appreciate the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims when, first, applying the rules of evidence and, second, interpreting the evidence before it. As I said in *Van der Peet*, at para. 68:

In determining whether an aboriginal claimant has produced evidence sufficient to demonstrate that her activity is an aspect of a practice, custom or tradition integral to a distinctive aboriginal culture, a court should approach the rules of evidence, and interpret the evidence that exists, with a consciousness of the special nature of aboriginal claims, and of the evidentiary difficulties in proving a right which originates in times where there were no written records of the practices, customs and traditions engaged in. The courts must not undervalue the evidence presented by aboriginal claimants simply because that evidence does not conform precisely with the evidentiary standards that would be applied in, for example, a private law torts case. [Emphasis added.]

The justification for this special approach can be found in the nature of aboriginal rights themselves. I explained in *Van der Peet* that those rights are aimed at the reconciliation of the prior occupation of North America by distinctive aboriginal societies with the assertion of Crown sovereignty over Canadian territory. They attempt to achieve that

question, problème susceptible de survenir dans les domaines du droit qui évoluent rapidement comme celui de la jurisprudence relative au par. 35(1).

J'ai récemment statué, dans *Van der Peet*, que ces principes généraux s'appliquent aux affaires plaidées en vertu du par. 35(1). Par contre, tout en acceptant le principe général de non-intervention, la Cour a aussi indiqué des situations précises où une cour d'appel peut modifier une conclusion de fait tirée en première instance. Ainsi, une cour d'appel est justifiée d'intervenir «dans le cas où les premiers juges se sont mépris sur une preuve importante ou l'ont méconnue»: voir *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, à la p. 493. Dans les affaires de détermination de droits ancestraux, l'intervention de la cour d'appel est également justifiée dans les cas où le tribunal de première instance n'a pas tenu compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, premièrement, lorsqu'il a appliqué les règles de preuve et, deuxièmement, lorsqu'il a interprété la preuve qui lui était présentée. Comme je l'ai dit dans *Van der Peet*, au par. 68:

Pour déterminer si un demandeur autochtone a produit une preuve suffisante pour établir que ses activités sont un aspect d'une coutume, pratique ou tradition qui fait partie intégrante d'une culture autochtone distinctive, le tribunal doit appliquer les règles de preuve et interpréter la preuve existante en étant conscient de la nature particulière des revendications des autochtones et des difficultés que soulève la preuve d'un droit qui remonte à une époque où les coutumes, pratiques et traditions n'étaient pas consignées par écrit. Les tribunaux doivent se garder d'accorder un poids insuffisant à la preuve présentée par les demandeurs autochtones simplement parce que cette preuve ne respecte pas de façon précise les normes qui seraient appliquées dans une affaire de responsabilité civile délictuelle par exemple. [Je souligne.]

La justification de cette approche spéciale découle de la nature même des droits ancestraux. Dans *Van der Peet*, j'ai expliqué que ces droits visent à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par des sociétés autochtones distinctives avec l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire du Canada. Ils visent à

reconciliation by “their bridging of aboriginal and non-aboriginal cultures” (at para. 42). Accordingly, “a court must take into account the perspective of the aboriginal people claiming the right... while at the same time taking into account the perspective of the common law” such that “[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each” (at paras. 49 and 50).

82

In other words, although the doctrine of aboriginal rights is a common law doctrine, aboriginal rights are truly *sui generis*, and demand a unique approach to the treatment of evidence which accords due weight to the perspective of aboriginal peoples. However, that accommodation must be done in a manner which does not strain “the Canadian legal and constitutional structure” (at para. 49). Both the principles laid down in *Van der Peet* — first, that trial courts must approach the rules of evidence in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims, and second, that trial courts must interpret that evidence in the same spirit — must be understood against this background.

83

A concrete application of the first principle can be found in *Van der Peet* itself, where I addressed the difficulties inherent in demonstrating a continuity between current aboriginal activities and the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal societies. As I reiterate below, the requirement for continuity is one component of the definition of aboriginal rights (although, as I explain below, in the case of title, the issue is continuity from sovereignty, not contact). However, given that many aboriginal societies did not keep written records at the time of contact or sovereignty, it would be exceedingly difficult for them to produce (at para. 62) “conclusive evidence from pre-contact times about the practices, customs and

réaliser cette conciliation en établissant un «rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones» (au par. 42). Par conséquent, «le tribunal doit tenir compte du point de vue des autochtones qui revendiquent ce droit [...] [tout en tenant compte] de la common law» de sorte que «[l]a conciliation véritable accorde, également, de l'importance à chacun de ces éléments» (aux par. 49 et 50).

En d'autres termes, bien que la doctrine des droits ancestraux soit une doctrine de common law, les droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu'il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l'adaptation doit se faire d'une manière qui ne fasse pas entorse à «l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada» (au par. 49). Les deux principes exposés dans *Van der Peet* — premièrement, le fait que les tribunaux de première instance doivent aborder les règles de preuve en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications de droits ancestraux, et, deuxièmement, le fait que les tribunaux de première instance doivent interpréter cette preuve dans le même esprit — doivent être compris dans ce contexte.

On peut trouver une application concrète du premier principe dans l'arrêt *Van der Peet* même, où je me suis penché sur les difficultés inhérentes à la démonstration de la continuité entre les activités autochtones actuelles et les coutumes, pratiques et traditions des sociétés autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens. Comme je le réitère ci-dessous, l'exigence de continuité est un élément de la définition des droits ancestraux (quoique, comme je l'explique ci-après, dans le cas du titre, il s'agit de la continuité à partir de l'affirmation de la souveraineté, et non du contact avec les Européens). Toutefois, comme bon nombre de sociétés autochtones ne conservaient pas d'écrits à l'époque du contact avec les Européens, il leur serait excessivement difficile de produire (au par. 62), «relativement [à leurs] coutumes, pratiques et traditions [...], une preuve concluante, datant de l'époque antérieure au contact avec les

traditions of their community". Accordingly, I held that (at para. 62):

The evidence relied upon by the applicant and the courts may relate to aboriginal practices, customs and traditions post-contact; it simply needs to be directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact. [Emphasis added.]

The same considerations apply when the time from which title is determined is sovereignty.

This appeal requires us to apply not only the first principle in *Van der Peet* but the second principle as well, and adapt the laws of evidence so that the aboriginal perspective on their practices, customs and traditions and on their relationship with the land, are given due weight by the courts. In practical terms, this requires the courts to come to terms with the oral histories of aboriginal societies, which, for many aboriginal nations, are the only record of their past. Given that the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) are defined by reference to pre-contact practices or, as I will develop below, in the case of title, pre-sovereignty occupation, those histories play a crucial role in the litigation of aboriginal rights.

A useful and informative description of aboriginal oral history is provided by the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1 (*Looking Forward, Looking Back*), at p. 33:

The Aboriginal tradition in the recording of history is neither linear nor steeped in the same notions of social progress and evolution [as in the non-Aboriginal tradition]. Nor is it usually human-centred in the same way as the western scientific tradition, for it does not assume that human beings are anything more than one — and not necessarily the most important — element of the

Européens». Par conséquent, j'ai statué ainsi (au par. 62):

La preuve sur laquelle s'appuient le demandeur et les tribunaux peut se rapporter aux coutumes, pratiques et traditions autochtones postérieures au contact avec les Européens. Il suffit que cette preuve tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d'avant le contact avec les Européens. [Je souligne.]

Les mêmes facteurs s'appliquent lorsque l'affirmation de la souveraineté est le moment servant à statuer sur l'existence d'un titre.

Le présent pourvoi exige que nous appliquions non seulement le premier principe établi dans *Van der Peet* mais aussi le second, et que nous adaptions les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que sur les rapports qu'ils entretiennent avec le territoire. En pratique, cela exige que les tribunaux acceptent les récits oraux des sociétés autochtones, récits qui, pour bon nombre de nations autochtones, sont les seuls témoignages de leur passé. Étant donné que les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) sont définis en regard des pratiques antérieures au contact avec les Européens ou, comme je vais l'expliquer ci-après, dans le cas d'un titre, en regard de l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, ces récits jouent un rôle crucial dans les litiges portant sur les droits ancestraux.

On trouve des explications utiles et instructives quant aux récits oraux autochtones dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1 (*Un passé, un avenir*), à la p. 35:

La tradition autochtone, pour ce qui est de l'enregistrement des faits historiques, n'est ni linéaire ni fondée sur les mêmes notions d'évolution et de progrès sociaux [comme dans la tradition non autochtone]. D'habitude, elle n'est pas non plus centrée au même degré sur l'humain et part du principe que celui-ci n'est qu'un élément parmi d'autres — et pas nécessairement le plus impor-

natural order of the universe. Moreover, the Aboriginal historical tradition is an oral one, involving legends, stories and accounts handed down through the generations in oral form. It is less focused on establishing objective truth and assumes that the teller of the story is so much a part of the event being described that it would be arrogant to presume to classify or categorize the event exactly or for all time.

In the Aboriginal tradition the purpose of repeating oral accounts from the past is broader than the role of written history in western societies. It may be to educate the listener, to communicate aspects of culture, to socialize people into a cultural tradition, or to validate the claims of a particular family to authority and prestige. . . .

Oral accounts of the past include a good deal of subjective experience. They are not simply a detached recounting of factual events but, rather, are “facts enmeshed in the stories of a lifetime”. They are also likely to be rooted in particular locations, making reference to particular families and communities. This contributes to a sense that there are many histories, each characterized in part by how a people see themselves, how they define their identity in relation to their environment, and how they express their uniqueness as a people.

86

Many features of oral histories would count against both their admissibility and their weight as evidence of prior events in a court that took a traditional approach to the rules of evidence. The most fundamental of these is their broad social role not only “as a repository of historical knowledge for a culture” but also as an expression of “the values and mores of [that] culture”: Clay McLeod, “The Oral Histories of Canada’s Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada’s Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past” (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, at p. 1279. Dickson J. (as he then was) recognized as much when he stated in *Kruger v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, at p. 109, that “[c]laims to aboriginal title are woven with history, legend, politics and moral obligations.” The difficulty with these features of oral histories is that they are tangential to the ultimate purpose of the fact-finding process at trial — the determina-

tant — de l’ordre naturel de l’univers. De plus, la tradition historique autochtone est une tradition orale, c’est-à-dire que les légendes, histoires et récits mythiques sont transmis de vive voix aux générations subséquentes. Elle vise moins à déterminer en quoi consiste la vérité objective, et suppose que le conteur de l’histoire est si directement concerné par l’événement en question que ce serait faire preuve d’arrogance que de vouloir classer celui-ci dans une catégorie précise et perpétuelle.

Dans la tradition autochtone, la transmission orale des récits poursuit un objectif qui dépasse le rôle de l’histoire écrite dans les sociétés occidentales. Cet objectif consiste peut-être à renseigner l’auditeur, à communiquer certains aspects de la culture, à socialiser la population en lui donnant une tradition culturelle, ou encore à valider l’autorité et le prestige que revendique telle ou telle famille . . .

Les récits oraux du passé reposent en grande partie sur des expériences subjectives. Ce ne sont pas de simples comptes rendus factuels, mais des «faits auxquels viennent se greffer les histoires de toute une vie». Il est également probable qu’ils soient associés à des lieux précis et qu’ils fassent allusion à des familles et à des collectivités précises. Tout cela donne l’impression d’une multitude d’histoires, dont chacune est influencée en partie par la façon dont un peuple se perçoit, se définit par rapport à l’environnement et exprime son unicité.

Devant un tribunal qui adopterait une approche traditionnelle à l’égard des règles de preuve, un grand nombre des caractéristiques des récits oraux joueraient contre l’admissibilité de ces récits et la valeur probante qui doit leur être accordée en tant que preuve d’événements passés. La plus fondamentale de ces caractéristiques est le rôle social général qu’ils jouent, non seulement [TRADUCTION] «en tant que moyen de conservation du savoir historique d’une culture» mais aussi comme expression «des valeurs et des mœurs de [cette] culture»: Clay McLeod, «The Oral Histories of Canada’s Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada’s Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 1276, à la p. 1279. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a reconnu ce fait lorsqu’il a affirmé, dans l’arrêt *Kruger c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, à la p. 109, que «[l]es revendications de titres aborigènes reposent aussi sur

tion of the historical truth. Another feature of oral histories which creates difficulty is that they largely consist of out-of-court statements, passed on through an unbroken chain across the generations of a particular aboriginal nation to the present-day. These out-of-court statements are admitted for their truth and therefore conflict with the general rule against the admissibility of hearsay.

Notwithstanding the challenges created by the use of oral histories as proof of historical facts, the laws of evidence must be adapted in order that this type of evidence can be accommodated and placed on an equal footing with the types of historical evidence that courts are familiar with, which largely consists of historical documents. This is a long-standing practice in the interpretation of treaties between the Crown and aboriginal peoples: *Sioui*, *supra*, at p. 1068; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), at p. 232. To quote Dickson C.J., given that most aboriginal societies “did not keep written records”, the failure to do so would “impose an impossible burden of proof” on aboriginal peoples, and “render nugatory” any rights that they have (*Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387, at p. 408). This process must be undertaken on a case-by-case basis. I will take this approach in my analysis of the trial judge’s findings of fact.

On a final note, it is important to understand that even when a trial judge has erred in making a finding of fact, appellate intervention does not proceed automatically. The error must be sufficiently serious that it was “overriding and determinative in the assessment of the balance of probabilities with respect to that factual issue” (*Schwartz*, *supra*, at p. 281).

l’histoire, les légendes, la politique et les obligations morales.» La difficulté que posent ces caractéristiques des récits oraux est qu’elles sont tangentielles à la finalité du processus de découverte des faits en première instance — savoir la découverte de la vérité historique. Une autre difficulté créée par les récits oraux est le fait qu’ils sont dans une large mesure constitués de déclarations extrajudiciaires, qui ont été transmises de façon ininterrompue jusqu’à nos jours, au fil des générations d’une nation autochtone. Ces déclarations extrajudiciaires sont admises pour leur véracité, et elles entrent donc en conflit avec la règle générale d’inadmissibilité du oui-dire.

Malgré les problèmes que crée l’utilisation des récits oraux comme preuve de faits historiques, le droit de la preuve doit être adapté afin que ce type de preuve puisse être placé sur un pied d’égalité avec les différents types d’éléments de preuve historique familiers aux tribunaux, le plus souvent des documents historiques. Il s’agit d’une pratique appliquée de longue date dans l’interprétation des traités entre l’État et les peuples autochtones: *Sioui*, précité, à la p. 1068; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), à la p. 232. Ainsi que l’a dit le juge en chef Dickson, comme la plupart des sociétés autochtones «ne tenaient aucun registre», le fait de ne pas suivre cette pratique «[imposerait un] fardeau de preuve impossible» aux peuples autochtones et «enlèverait [...] toute valeur» aux droits qu’ils ont (*Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, à la p. 408). Cette méthode doit être appliquée au cas par cas. Je vais appliquer cette approche dans mon analyse des conclusions de fait du juge de première instance.

En terminant, je tiens à souligner qu’il est important de comprendre que, même lorsque le juge de première instance a commis une erreur en tirant une conclusion de fait, il n’y a pas systématiquement intervention de la juridiction d’appel. L’erreur doit être suffisamment grave pour avoir constitué une erreur «dominant[e] et déterminant[e] dans l’appréciation de la prépondérance des probabilités relativement à cette question de fait» (*Schwartz*, précité, à la p. 281).

87

88

(2) Application of General Principles(a) *General Comments*

89

The general principle of appellate non-interference applies with particular force in this appeal. The trial was lengthy and very complex. There were 318 days of testimony. There were a large number of witnesses, lay and expert. The volume of evidence is enormous. To quote the trial judge at pp. 116-17:

A total of 61 witnesses gave evidence at trial, many using translators from their native Gitksan or Wet'suwet'en language; "word spellers" to assist the official reporters were required for many witnesses; a further 15 witnesses gave their evidence on commission; 53 territorial affidavits were filed; 30 deponents were cross-examined out of court; there are 23,503 pages of transcript evidence at trial; 5898 pages of transcript of argument; 3,039 pages of commission evidence and 2,553 pages of cross-examination on affidavits (all evidence and oral arguments are conveniently preserved in hard copy and on diskettes); about 9,200 exhibits were filed at trial comprising, I estimate, well over 50,000 pages; the plaintiffs' draft outline of argument comprises 3,250 pages, the province's 1,975 pages, and Canada's over 1,000 pages; there are 5,977 pages of transcript of argument in hard copy and on diskettes. All parties filed some excerpts from the exhibits they referred to in argument. The province alone submitted 28 huge binders of such documents. At least 15 binders of reply argument were left with me during that stage of the trial.

The result was a judgment of over 400 pages in length.

90

It is not open to the appellants to challenge the trial judge's findings of fact merely because they disagree with them. I fear that a significant number of the appellants' objections fall into this category. Those objections are too numerous to list in their

(2) L'application des principes générauxa) *Observations générales*

Le principe général de la non-intervention des cours d'appel s'applique avec une force particulière dans le présent pourvoi. Le procès en première instance a été long et complexe. Il y a eu 318 jours de témoignages. Un grand nombre de témoins, tant experts que profanes, ont déposé. La quantité d'éléments de preuve est énorme. Comme l'a dit le juge de première instance aux pp. 116 et 117:

[TRADUCTION] Au total, 61 personnes ont témoigné au procès, bon nombre par l'entremise d'interprètes parce qu'ils s'exprimaient dans leur langue autochtone, le Gitksan ou le Wet'suwet'en; les sténographes officiels ont dû avoir recours à des «spécialistes de l'orthographe» pour de nombreux témoins; 15 autres témoins ont déposé dans le cadre d'une commission rogatoire; 53 affidavits territoriaux ont été déposés; 30 déposants ont été contre-interrogés à l'extérieur de la cour; la transcription des témoignages rendus au procès compte 23 503 pages; la transcription de l'argumentation 5 898 pages; les témoignages dans le cadre des commissions rogatoires 3 039 pages et la transcription des contre-interrogatoires sur les affidavits 2 553 pages (tous les témoignages et l'argumentation orale sont commodément conservés sur support papier et sur disquettes); ont été déposées au procès environ 9 200 pièces comptant, selon moi, bien au-delà de 50 000 pages; le document donnant les grandes lignes de l'argumentation des demandeurs comprend 3 250 pages, celui de la province 1 975 pages et celui du Canada plus de 1 000 pages; il y a 5 977 pages de transcription de l'argumentation, sur support papier et sur disquettes. Toutes les parties ont déposé des extraits des pièces auxquelles elles se sont référées au cours de leur argumentation. À elle seule, la province a déposé 28 énormes reliures contenant de tels documents. Au moins 15 reliures de la sorte contenant l'argumentation produite en réponse m'ont été remises au cours du procès.

Il en a résulté un jugement de plus de 400 pages.

Il n'est pas loisible aux appelants de contester les conclusions de fait du juge de première instance simplement parce qu'ils ne sont pas d'accord avec celles-ci. Je crains qu'un bon nombre des objections des appelants ne tombent dans cette

entirety. The bulk of these objections, at best, relate to alleged instances of misapprehension or oversight of material evidence by the trial judge. However, the respondents have established that, in most situations, there was some contradictory evidence that supported the trial judge's conclusion. The question, ultimately, was one of weight, and the appellants have failed to demonstrate that the trial judge erred in this respect.

One objection that I would like to mention specifically, albeit in passing, is the trial judge's refusal to accept the testimony of two anthropologists who were brought in as expert witnesses by the appellants. This aspect of the trial judge's reasons was hotly contested by the appellants in their written submissions. However, I need only reiterate what I have stated above, that findings of credibility, including the credibility of expert witnesses, are for the trial judge to make, and should warrant considerable deference from appellate courts.

On the other hand, the appellants have alleged that the trial judge made a number of serious errors relating to the treatment of the oral histories of the appellants. Those oral histories were expressed in three different forms: (i) the *adaawk* of the Gitksan, and the *kungax* of the Wet'suwet'en; (ii) the personal recollections of members of the appellant nations, and (iii) the territorial affidavits filed by the heads of the individual houses within each nation. The trial judge ruled on both the admissibility of, and the weight to be given to, these various forms of oral history without the benefit of my reasons in *Van der Peet*, as will become evident in the discussion that follows.

(b) *Adaawk and Kungax*

The *adaawk* and *kungax* of the Gitksan and Wet'suwet'en nations, respectively, are oral histories of a special kind. They were described by the

catégorie. Ces objections sont trop nombreuses pour en dresser la liste complète. Le gros de ces objections, au mieux, invoquent des erreurs de compréhension ou des oublis de la part du juge de première instance relativement à des éléments de preuve importants. Cependant, les intimés ont établi que, dans la plupart des cas, il y avait certains éléments de preuve contradictoires pour appuyer la conclusion du juge de première instance. En dernière analyse, il s'agissait d'une question de valeur probante de la preuve, et les appelants n'ont pas démontré que le juge de première instance avait commis d'erreur sur ce point.

Il y a une objection que j'aimerais mentionner de façon plus particulière, quoiqu'en passant. C'est celle qui a trait au refus du juge de première instance d'accepter le témoignage de deux anthropologues assignés comme témoins experts par les appelants. Cet aspect des motifs du juge de première instance a été vivement contesté par les appelants dans leurs observations écrites. Toutefois, il me suffit de réitérer ce que j'ai dit plus tôt, savoir qu'il appartient au juge de première instance de tirer les conclusions ayant trait à la crédibilité, y compris la crédibilité des témoins experts, et les cours d'appel doivent faire montre d'une retenue considérable à l'égard de ces conclusions.

Par contre, les appelants ont affirmé que le juge de première instance a commis de nombreuses erreurs graves dans le traitement des récits oraux des appelants. Ces récits ont été exprimés sous trois formes différentes: (i) l'*adaawk* des Gitksan et le *kungax* des Wet'suwet'en; (ii) les souvenirs personnels de membres des nations appelantes; (iii) les affidavits territoriaux déposés par les chefs de chacune des maisons de chaque nation. Le juge de première instance a rendu une décision sur leur admissibilité et le poids à leur accorder sans avoir pu bénéficier des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Van der Peet*, comme il ressortira de l'analyse qui suit.

b) *L'adaawk et le kungax*

L'*adaawk* de la nation Gitksan et le *kungax* de la nation Wet'suwet'en sont des récits oraux d'un genre spécial. Le juge de première instance les a

91

92

93

trial judge, at p. 164, as a “sacred ‘official’ litany, or history, or recital of the most important laws, history, traditions and traditional territory of a House”. The content of these special oral histories includes its physical representation totem poles, crests and blankets. The importance of the *adaawk* and *kungax* is underlined by the fact that they are “repeated, performed and authenticated at important feasts” (at p. 164). At those feasts, dissenters have the opportunity to object if they question any detail and, in this way, help ensure the authenticity of the *adaawk* and *kungax*. Although they serve largely the same role, the trial judge found that there are some differences in both the form and content of the *adaawk* and the *kungax*. For example, the latter is “in the nature of a song . . . which is intended to represent the special authority and responsibilities of a chief” However, these differences are not legally relevant for the purposes of the issue at hand.

94 It is apparent that the *adaawk* and *kungax* are of integral importance to the distinctive cultures of the appellant nations. At trial, they were relied on for two distinct purposes. First, the *adaawk* was relied on as a component of and, therefore, as proof of the existence of a system of land tenure law internal to the Gitksan, which covered the whole territory claimed by that appellant. In other words, it was offered as evidence of the Gitksan’s historical use and occupation of that territory. For the Wet’suwet’en, the *kungax* was offered as proof of the central significance of the claimed lands to their distinctive culture. As I shall explain later in these reasons, both use and occupation, and the central significance of the lands occupied, are relevant to proof of aboriginal title.

95 The admissibility of the *adaawk* and *kungax* was the subject of a general decision of the trial judge

décrits, à la p. 164, comme étant la [TRADUCTION] «litanie, l’énumération ou l’histoire “officielle” et sacrée, selon le cas, des règles de droit, des traditions et des faits historiques les plus importants d’une maison, ainsi que de son territoire traditionnel». Le contenu de ces récits oraux spéciaux est notamment exprimé physiquement dans les mâts totémiques, les emblèmes et les couvertures. L’importance de l’*adaawk* et du *kungax* est soulignée par le fait qu’ils sont [TRADUCTION] «répétés, représentés et authentifiés lors de célébrations importantes» (à la p. 164). Lors de ces célébrations, les dissidents ont l’occasion d’opposer leur désaccord à l’égard d’un détail et, de cette façon, d’aider à assurer l’authenticité de l’*adaawk* et du *kungax*. Bien que l’*adaawk* et le *kungax* jouent dans une large mesure le même rôle, le juge de première instance a constaté certaines différences de forme et de contenu. Par exemple, le *kungax* est [TRADUCTION] «de la nature d’un chant [. . .] qui vise à décrire l’autorité et les responsabilités spéciales du chef» Cependant, ces différences n’ont aucune pertinence juridique relativement à la question qui nous intéresse.

Il est manifeste que l’*adaawk* et le *kungax* ont une importance fondamentale pour les cultures distinctives des nations appelantes. En première instance, ils ont été invoqués pour deux fins distinctes. Premièrement, l’*adaawk* a été invoqué en tant qu’élément — et, partant, en tant que preuve de l’existence — d’un régime juridique de tenure foncière propre aux Gitksan, qui s’appliquait à l’ensemble du territoire revendiqué par cette nation appelante. En d’autres termes, l’*adaawk* a été présenté en tant que preuve de l’utilisation et de l’occupation historiques de ce territoire par les Gitksan. En ce qui concerne les Wet’suwet’en, le *kungax* a été invoqué comme preuve de l’importance fondamentale des terres revendiquées dans leur culture distinctive. Comme je vais l’expliquer plus loin dans les présents motifs, tant l’utilisation et l’occupation des terres visées que l’importance fondamentale de celles-ci sont pertinentes pour la preuve du titre aborigène.

Il a été statué sur l’admissibilité de l’*adaawk* et du *kungax* dans le cadre d’une décision générale

handed down during the course of the trial regarding the admissibility of all oral histories (incorrectly indexed as *Uukw v. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155 (B.C.S.C.)). Although the trial judge recognized that the evidence at issue was a form of hearsay, he ruled it admissible on the basis of the recognized exception that declarations made by deceased persons could be given in evidence by witnesses as proof of public or general rights: see Michael N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at p. 736. He affirmed that earlier ruling in his trial judgment, correctly in my view, by stating, at p. 180, that the *adaawk* and *kungax* were admissible “out of necessity as exceptions to the hearsay rule” because there was no other way to prove the history of the Gitksan and Wet’suwet’en nations.

The trial judge, however, went on to give these oral histories no independent weight at all. He held, at p. 180, that they were only admissible as “direct evidence of facts in issue . . . in a few cases where they could constitute confirmatory proof of early presence in the territory”. His central concern that the *adaawk* and *kungax* could not serve “as evidence of detailed history, or land ownership, use or occupation”. I disagree with some of the reasons he relied on in support of this conclusion.

Although he had earlier recognized, when making his ruling on admissibility, that it was impossible to make an easy distinction between the mythological and “real” aspects of these oral histories, he discounted the *adaawk* and *kungax* because they were not “literally true”, confounded “what is fact and what is belief”, “included some material which might be classified as mythology”, and projected a “romantic view” of the history of the appellants. He also cast doubt on the authenticity of these special oral histories (at p. 181) because, *inter alia*, “the verifying group is so small that they cannot

rendue au cours du procès par le juge de première instance sur l’admissibilité des récits oraux (erronément répertoriée sous l’intitulé *Uukw c. R.*, [1987] 6 W.W.R. 155 (C.S.C.-B.)). Bien que le juge de première instance ait reconnu que la preuve en cause était une forme de ouï-dire, il a statué qu’elle était admissible en se fondant sur l’exception reconnue selon laquelle les déclarations de personnes décédées peuvent être versées en preuve par des témoins comme preuve de droits de nature publique ou générale; voir Michael N. Howard, Peter Crane et Daniel A. Hochberg, *Phipson on Evidence* (14^e éd. 1990), à la p. 736. Dans son jugement au terme du procès, il a, avec raison selon moi, confirmé cette première décision en affirmant, à la p. 180, que l’*adaawk* et le *kungax* étaient admissibles [TRADUCTION] «par nécessité, comme exceptions à la règle du ouï-dire», parce qu’il n’y avait aucune autre façon de faire la preuve de l’histoire des nations Gitksan et Wet’suwet’en.

Cependant, par la suite, le juge de première instance n’a donné à ces récits aucune valeur probante indépendante. Il a statué, à la p. 180, qu’ils étaient admissibles seulement à titre de [TRADUCTION] «preuve directe des faits en litige [. . .] pour les quelques cas où ils pourraient constituer la confirmation d’une présence ancienne dans le territoire». Sa principale réserve était que l’*adaawk* et le *kungax* ne pouvaient pas servir «de preuve du détail de l’histoire ou encore de la propriété, de l’utilisation ou de l’occupation du territoire». Je suis en désaccord avec certains des motifs qu’il a invoqués au soutien de cette conclusion.

Même si, plus tôt, dans sa décision sur l’admissibilité, il avait reconnu qu’il était impossible de séparer facilement les aspects mythologiques des aspects [TRADUCTION] «réels» de ces récits oraux, il a écarté l’*adaawk* et le *kungax* parce qu’ils n’étaient pas «littéralement vrais», qu’ils mélangaient «les faits et les croyances», qu’ils «comportaient des éléments qui pourraient être qualifiés de mythologiques» et qu’ils évoquaient une «vision romanesque» de l’histoire des appelants. Il a aussi dit douter de l’authenticité de ces récits oraux spéciaux (à la p. 181) parce que, entre

safely be regarded as expressing the reputation of even the Indian community, let alone the larger community whose opportunity to dispute territorial claims would be essential to weight". Finally, he questioned (at p. 181) the utility of the adaawk and kungax to demonstrate use and occupation because they were "seriously lacking in detail about the specific lands to which they are said to relate".

autres, [TRADUCTION] «le groupe témoin est si restreint qu'on ne peut, sans risque, considérer même qu'il exprime la commune renommée au sein de la communauté indienne, encore moins au sein de la communauté plus large, dont la possibilité de contester les revendications territoriales serait essentielle du point de vue de la valeur probante». Finalement, il a mis en doute (à la p. 181) l'utilité de l'adaawk et du kungax pour faire la preuve de l'utilisation et de l'occupation des terres visées, parce qu'ils «manquaient sérieusement de détails au sujet des terres mêmes auxquelles ils sont censés se rapporter».

98

Although he framed his ruling on weight in terms of the specific oral histories before him, in my respectful opinion, the trial judge in reality based his decision on some general concerns with the use of oral histories as evidence in aboriginal rights cases. In summary, the trial judge gave no independent weight to these special oral histories because they did not accurately convey historical truth, because knowledge about those oral histories was confined to the communities whose histories they were and because those oral histories were insufficiently detailed. However, as I mentioned earlier, these are features, to a greater or lesser extent, of all oral histories, not just the adaawk and kungax. The implication of the trial judge's reasoning is that oral histories should never be given any independent weight and are only useful as confirmatory evidence in aboriginal rights litigation. I fear that if this reasoning were followed, the oral histories of aboriginal peoples would be consistently and systematically undervalued by the Canadian legal system, in contradiction of the express instruction to the contrary in *Van der Peet* that trial courts interpret the evidence of aboriginal peoples in light of the difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

Bien qu'il ait structuré sa décision concernant la valeur probante en fonction des récits oraux particuliers qui lui avaient été présentés, le juge de première instance a, à mon avis, fondé plutôt sa décision sur certaines réserves générales concernant l'utilisation des récits oraux en preuve dans les affaires de droits ancestraux. En résumé, le juge du procès n'a accordé aucune valeur probante indépendante à ces récits oraux particuliers parce qu'ils ne transmettaient pas avec exactitude la vérité historique, parce que la connaissance de ces récits oraux était limitée aux communautés dont ils reconstituaient l'histoire et parce que ces récits oraux n'étaient pas suffisamment détaillés. Cependant, comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit là de caractéristiques qui sont, dans une mesure plus ou moins grande, propres à tous les récits oraux, et non seulement aux adaawk et aux kungax. L'implication du raisonnement du juge de première instance est qu'il ne devrait jamais être accordé de valeur probante indépendante aux récits oraux et que, dans les litiges sur les droits ancestraux, ces récits ne sont utiles qu'à titre d'éléments de preuve tendant à en confirmer d'autres. Je crains que, si ce raisonnement était suivi, la valeur des récits oraux des peuples autochtones serait constamment et systématiquement sous-estimée par le système juridique canadien, en contravention des instructions expresses à l'effet contraire qui ont été données dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, et suivant lesquelles les tribunaux doivent interpréter la preuve présentée par les peuples autochtones en tenant compte des difficultés inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

(c) *Recollections of Aboriginal Life*

The trial judge also erred when he discounted the “recollections of aboriginal life” offered by various members of the appellant nations. I take that term to be a reference to testimony about personal and family history that is not part of an *adaawk* or a *kungax*. That evidence consisted of the personal knowledge of the witnesses and declarations of witnesses’ ancestors as to land use. This history had been adduced by the appellants in order to establish the requisite degree of use and occupation to make out a claim to ownership and, for the same reason as the *adaawk* and *kungax*, is material to the proof of aboriginal title.

The trial judge limited the uses to which the evidence could be put. He reasoned, at p. 177, that this evidence, at most, established “without question, that the plaintiff’s immediate ancestors, for the past 100 years or so” had used land in the claimed territory for aboriginal purposes. However, the evidence was insufficiently precise to demonstrate that the more distant ancestors of the witnesses had engaged in specific enough land use “far enough back in time to permit the plaintiffs to succeed on issues such as internal boundaries”. In the language of *Van der Peet*, the trial judge effectively held that this evidence did not demonstrate the requisite continuity between present occupation and past occupation in order to ground a claim for aboriginal title.

In my opinion, the trial judge expected too much of the oral history of the appellants, as expressed in the recollections of aboriginal life of members of the appellant nations. He expected that evidence to provide definitive and precise evidence of pre-contact aboriginal activities on the territory in question. However, as I held in *Van der Peet*, this will be almost an impossible burden to meet. Rather, if oral history cannot conclusively estab-

c) *Les souvenirs du mode de vie ancestral*

Le juge de première instance a aussi fait erreur en ne tenant pas compte des [TRADUCTION] «souvenirs du mode de vie ancestral» relatés par divers membres des nations appelantes. J’interprète cette expression comme une référence aux témoignages portant sur les antécédents personnels et familiaux qui ne font pas partie d’un *adaawk* ou d’un *kungax*. Cette preuve était constituée des connaissances personnelles des témoins et des déclarations de leurs ancêtres quant à l’utilisation du territoire. Ces récits ont été présentés en preuve par les appellants afin d’établir le degré d’occupation et d’utilisation requis pour fonder la revendication de propriété, et ils sont, pour le même motif que l’*adaawk* et le *kungax*, pertinents pour la preuve du titre aborigène.

Le juge de première instance a limité les utilisations qui pouvaient être faites de cette preuve. Il a raisonné, à la p. 177, que, au mieux, celle-ci établissait [TRADUCTION] «sans l’ombre d’un doute que, au cours des 100 dernières années environ, les ancêtres immédiats du demandeur» avaient utilisé à des fins autochtones des terres situées dans le territoire revendiqué. Cependant, la preuve n’était pas suffisamment précise pour démontrer que les ancêtres plus lointains des témoins avaient fait une utilisation suffisamment particulière des terres [TRADUCTION] «assez loin dans le temps pour permettre aux demandeurs d’avoir gain de cause sur des questions comme les limites internes». Pour reprendre les termes de l’arrêt *Van der Peet*, le juge de première instance a effectivement conclu que cette preuve ne démontrait pas la continuité requise entre l’occupation actuelle et l’occupation passée pour fonder la revendication d’un titre aborigène.

À mon avis, le juge de première instance attendait beaucoup trop des récits oraux des appelants, exprimés dans les souvenirs du mode de vie ancestral des membres des nations appelantes. Il attendait de ces témoignages qu’ils apportent la preuve définitive et précise d’activités autochtones sur le territoire en question avant le contact avec les Européens. Cependant, comme je l’ai dit dans *Van der Peet*, il s’agit là d’un fardeau de preuve dont il

99

100

101

lish pre-sovereignty (after this decision) occupation of land, it may still be relevant to demonstrate that current occupation has its origins prior to sovereignty. This is exactly what the appellants sought to do.

(d) *Territorial Affidavits*

102

Finally, the trial judge also erred in his treatment of the territorial affidavits filed by the appellant chiefs. Those affidavits were declarations of the territorial holdings of each of the Gitksan and Wet'suwet'en houses and, at trial, were introduced for the purposes of establishing each House's ownership of its specific territory. Before this Court, the appellants tried to amalgamate these individual claims into collective claims on behalf of each nation and the relevance of the affidavits changed accordingly. I have already held that it is not open to the appellants to alter fundamentally the nature of their claim in this way on appeal. Nevertheless, the treatment of the affidavits is important because they will be relevant at a new trial to the existence and nature of the land tenure system within each nation and, therefore, material to the proof of title.

103

The affidavits rely heavily on the declarations of deceased persons of use or ownership of the lands, which are a form of oral history. But those declarations are a kind of hearsay and the appellants therefore argued that the affidavits should be admitted through the reputation exception to the hearsay rule. Although he recognized, at p. 438, that the territorial affidavits were "the best evidence [the appellants] could adduce on this question of internal boundaries", the trial judge held

est presque impossible de s'acquitter. Par contre, même si (après le prononcé du présent arrêt) les récits oraux ne permettent pas d'établir de façon concluante l'occupation du territoire avant l'affirmation de la souveraineté, ils peuvent néanmoins être pertinents pour démontrer que les origines de l'occupation actuelle remontent avant l'affirmation de la souveraineté. C'est exactement ce que les appelants ont tenté de faire.

d) *Les affidavits territoriaux*

Finalement, le juge de première instance a aussi fait erreur dans la façon dont il a traité les affidavits territoriaux déposés par les chefs appelants. Ces affidavits étaient des déclarations concernant les terres de chaque maison Gitksan et Wet'suwet'en et, au procès, ils ont été déposés pour établir le droit de propriété de chaque maison sur son territoire spécifique. Devant notre Cour, les appelants ont tenté de fusionner ces revendications individuelles en revendications collectives présentées au nom de chaque nation, et la pertinence des affidavits a changé en conséquence. J'ai déjà statué qu'il n'est pas loisible aux appelants de modifier fondamentalement la nature de leur revendication comme ils l'ont fait en appel. Néanmoins, le traitement accordé aux affidavits est important parce que, dans le cadre d'un nouveau procès, ils seront pertinents pour statuer sur l'existence et la nature du régime de tenure foncière au sein de chaque nation et, par conséquent, importants pour la preuve du titre.

Les affidavits reposent en très grande partie sur des déclarations faites par des personnes décédées relativement à l'utilisation des terres ou à leurs propriétaires, une forme de récits oraux. Toutefois, ces déclarations constituent une sorte de ouï-dire, et les appelants ont par conséquent plaidé que les affidavits devraient être admis sur le fondement de l'exception à la règle du ouï-dire relative à la réputation ou à la commune renommée. Bien qu'il ait reconnu, à la p. 438, que les affidavits territoriaux étaient [TRADUCTION] «la meilleure preuve [que les appelants] pouvaient produire sur la question des limites internes», le juge de première instance a conclu que cette exception ne s'appliquait pas et il

that this exception did not apply and refused to admit the declarations contained in the affidavits.

I am concerned by the specific reasons the trial judge gave for refusing to apply the reputation exception. He questioned the degree to which the declarations amounted to a reputation because they were largely confined to the appellants' communities. The trial judge asserted that neighbouring aboriginal groups whose territorial claims conflicted with those of the appellants, as well as non-aboriginals who potentially possessed a legal interest in the claimed territory, were unaware of the content of the alleged reputation at all. Furthermore, the trial judge reasoned that since the subject-matter of the affidavits was disputed, its reliability was doubtful. Finally, the trial judge questioned, at p. 441, "the independence and objectivity" of the information contained in the affidavits, because the appellants and their ancestors (at p. 440) "have been actively discussing land claims for many years".

Although he regretted this finding, the trial judge felt bound to apply the rules of evidence because it did not appear to him (at p. 442) "that the Supreme Court of Canada has decided that the ordinary rules of evidence do not apply to this kind of case". The trial judge arrived at this conclusion, however, without the benefit of *Van der Peet*, where I held that the ordinary rules of evidence must be approached and adapted in light of the evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims.

Many of the reasons relied on by the trial judge for excluding the evidence contained in the territorial affidavits are problematic because they run against this fundamental principle. The requirement that a reputation be known in the general community, for example, ignores the fact that oral

a refusé d'admettre les déclarations contenues dans les affidavits.

Je suis préoccupé par les motifs particuliers invoqués par le juge de première instance pour refuser d'appliquer l'exception fondée sur la commune renommée. Il s'est demandé dans quelle mesure les déclarations exprimaient la commune renommée, étant donné qu'elles se confinaient largement aux communautés des appelants. Le juge de première instance a affirmé que les groupes autochtones voisins dont les revendications territoriales entraient en conflit avec celles des appelants, de même que les non-autochtones susceptibles d'avoir un intérêt juridique dans le territoire revendiqué, n'étaient absolument pas au courant du contenu du fait de commune renommée allégué. En outre, le juge de première instance a raisonné que, comme le contenu des affidavits était contesté, sa fiabilité était douteuse. Finalement, le juge de première instance a mis en doute, à la p. 441, [TRADUCTION] «l'indépendance et l'objectivité» de l'information contenue dans les affidavits, parce que les appelants et leurs ancêtres. (à la p. 440) «discutent activement de revendications territoriales depuis de nombreuses années».

Bien qu'il ait dit regretter en arriver à cette conclusion, le juge de première instance s'est senti tenu d'appliquer les règles de preuve parce qu'il ne lui semblait pas (à la p. 442) [TRADUCTION] «que la Cour suprême du Canada ait décidé que les règles de preuve ordinaires ne s'appliquent pas dans ce genre d'affaires». Cependant, le juge de première instance a tiré cette conclusion avant le prononcé de l'arrêt *Van der Peet*, où j'ai statué que les règles de preuve ordinaires doivent être abordées et adaptées en tenant compte des difficultés de preuve inhérentes à l'examen des revendications autochtones.

Bon nombre des motifs invoqués par le juge de première instance pour écarter la preuve contenue dans les affidavits territoriaux sont problématiques parce qu'ils vont à l'encontre de ce principe fondamental. Par exemple, l'exigence qu'un fait de commune renommée soit connu dans la communauté

104

105

106

histories, as noted by the Royal Commission on Aboriginal Peoples, generally relate to particular locations, and refer to particular families and communities and may, as a result, be unknown outside of that community, even to other aboriginal nations. Excluding the territorial affidavits because the claims to which they relate are disputed does not acknowledge that claims to aboriginal rights, and aboriginal title in particular, are almost always disputed and contested. Indeed, if those claims were uncontroversial, there would be no need to bring them to the courts for resolution. Casting doubt on the reliability of the territorial affidavits because land claims had been actively discussed for many years also fails to take account of the special context surrounding aboriginal claims, in two ways. First, those claims have been discussed for so long because of British Columbia's persistent refusal to acknowledge the existence of aboriginal title in that province until relatively recently, largely as a direct result of the decision of this Court in *Calder, supra*. It would be perverse, to say the least, to use the refusal of the province to acknowledge the rights of its aboriginal inhabitants as a reason for excluding evidence which may prove the existence of those rights. Second, this rationale for exclusion places aboriginal claimants whose societies record their past through oral history in a grave dilemma. In order for the oral history of a community to amount to a form of reputation, and to be admissible in court, it must remain alive through the discussions of members of that community; those discussions are the very basis of that reputation. But if those histories are discussed too much, and too close to the date of litigation, they may be discounted as being suspect, and may be held to be inadmissible. The net effect may be that a society with such an oral tradition would never be able to establish a historical claim through the use of oral history in court.

en général ne tient pas compte du fait que, comme l'a souligné la Commission royale sur les peuples autochtones, les récits oraux sont généralement associés à des lieux précis et font allusion à des familles et à des collectivités précises, et peuvent, par conséquent, ne pas être connus à l'extérieur de cette collectivité, même par d'autres nations autochtones. Écarter les affidavits territoriaux parce que les revendications auxquelles ils se rapportent sont contestées ne tient pas compte du fait que les revendications de droits ancestraux, et de titre aborigène en particulier, sont presque toujours contestées. De fait, si ces revendications ne soulevaient aucune controverse, il ne serait pas nécessaire de s'adresser aux tribunaux pour les faire trancher. Jeter le doute sur la fiabilité des affidavits territoriaux parce que les revendications territoriales ont été discutées activement pendant de nombreuses années ne tient pas compte non plus du contexte des revendications autochtones et ce, de deux façons. Premièrement, si ces revendications sont discutées depuis si longtemps, c'est en raison du refus constant de la Colombie-Britannique, jusqu'à une date relativement récente, de reconnaître l'existence du titre aborigène dans la province, refus qui était dans une large mesure une conséquence directe de l'arrêt *Calder*, précité, de notre Cour. Il serait pour le moins abusif d'utiliser le refus de la province de reconnaître les droits de ses habitants autochtones comme motif pour écarter la preuve qui pourrait établir l'existence de ces droits. Deuxièmement, ce motif d'exclusion place les revendicateurs autochtones — qui appartiennent à des sociétés préservant leur passé au moyen de récits oraux — devant un grave dilemme. Pour qu'un récit oral d'une communauté équivaille à une forme de commune renommée et soit admissible en cour, il doit se perpétuer dans les discussions des membres de cette communauté; ces discussions sont le fondement même de cette commune renommée. Toutefois, si ces récits font l'objet de trop de discussions, à une période trop rapprochée d'un litige, ils risquent d'être écartés parce qu'ils sont suspects, et ils peuvent ainsi être jugés inadmissibles. Cela pourrait avoir pour effet qu'une société possédant une telle tradition orale ne pourrait jamais faire la preuve d'une revendication historique en utilisant un récit oral en cour.

(e) *Conclusion*

The trial judge's treatment of the various kinds of oral histories did not satisfy the principles I laid down in *Van der Peet*. These errors are particularly worrisome because oral histories were of critical importance to the appellants' case. They used those histories in an attempt to establish their occupation and use of the disputed territory, an essential requirement for aboriginal title. The trial judge, after refusing to admit, or giving no independent weight to these oral histories, reached the conclusion that the appellants had not demonstrated the requisite degree of occupation for "ownership". Had the trial judge assessed the oral histories correctly, his conclusions on these issues of fact might have been very different.

In the circumstances, the factual findings cannot stand. However, given the enormous complexity of the factual issues at hand, it would be impossible for the Court to do justice to the parties by sifting through the record itself and making new factual findings. A new trial is warranted, at which the evidence may be considered in light of the principles laid down in *Van der Peet* and elaborated upon here. In applying these principles, the new trial judge might well share some or all of the findings of fact of McEachern C.J.

C. *What is the content of aboriginal title, how is it protected by s. 35(1) of the Constitution Act, 1982, and what is required for its proof?*

(1) Introduction

The parties disagree over whether the appellants have established aboriginal title to the disputed area. However, since those factual issues require a new trial, we cannot resolve that dispute in this appeal. But factual issues aside, the parties also have a more fundamental disagreement over the content of aboriginal title itself, and its reception

e) *La conclusion*

Le traitement accordé aux divers types de récits oraux par le juge de première instance ne respecte pas les principes que j'ai établis dans *Van der Peet*. Ces erreurs sont particulièrement troublantes, étant donné que les récits oraux étaient d'une importance cruciale pour la cause des appelants. Ils ont invoqué ces récits, pour tenter d'établir leur occupation et leur utilisation du territoire contesté, condition essentielle à l'existence du titre aborigène. Après avoir refusé d'admettre ces récits oraux ou de leur accorder quelque valeur probante indépendante que ce soit, le juge de première instance est arrivé à la conclusion que les appelants n'avaient pas démontré l'existence du degré d'occupation requis du territoire pour fonder la «propriété» de celui-ci. Si le juge du procès avait apprécié correctement les récits oraux, ses conclusions sur ces questions de fait auraient pu être très différentes.

Dans les circonstances, les conclusions de fait ne peuvent pas être confirmées. Cependant, vu la complexité énorme des questions de fait en jeu, il serait impossible à la Cour de rendre justice aux parties en passant le dossier au crible et en tirant de nouvelles conclusions de fait. Un nouveau procès s'impose, au cours duquel on pourra examiner la preuve à la lumière des principes qui ont été exposés dans *Van der Peet* et précisés en l'espèce. Dans l'application de ces principes, le juge qui présidera le nouveau procès pourrait bien partager l'ensemble ou certaines des conclusions de fait du juge en chef McEachern.

C. *Quel est le contenu du titre aborigène, comment est-il protégé par le par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 et comment fait-on la preuve de son existence?*

(1) Introduction

Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si les appelants ont démontré l'existence d'un titre aborigène sur la région contestée. Cependant, comme un nouveau procès est nécessaire pour trancher ces questions de fait, nous ne pouvons pas régler ce différend dans le cadre du présent pourvoi. Outre ce différend d'ordre factuel,

107

108

109

into the Constitution by s. 35(1). In order to give guidance to the judge at the new trial, it is to this issue that I will now turn.

110 I set out these opposing positions by way of illustration and introduction because I believe that all of the parties have characterized the content of aboriginal title incorrectly. The appellants argue that aboriginal title is tantamount to an inalienable fee simple, which confers on aboriginal peoples the rights to use those lands as they choose and which has been constitutionalized by s. 35(1). The respondents offer two alternative formulations: first, that aboriginal title is no more than a bundle of rights to engage in activities which are themselves aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), and that the *Constitution Act, 1982*, merely constitutionalizes those individual rights, not the bundle itself, because the latter has no independent content; and second, that aboriginal title, at most, encompasses the right to exclusive use and occupation of land in order to engage in those activities which are aboriginal rights themselves, and that s. 35(1) constitutionalizes this notion of exclusivity.

111 The content of aboriginal title, in fact, lies somewhere in between these positions. Aboriginal title is a right in land and, as such, is more than the right to engage in specific activities which may be themselves aboriginal rights. Rather, it confers the right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies. Those activities do not constitute the right *per se*; rather, they are parasitic on the underlying title. However, that range of uses is subject to the limitation that they must not be irreconcilable with the nature of the attachment to the land which forms the basis of the particular group's aboriginal title. This inherent limit, to be explained more fully below, flows from the definition of aboriginal title as a *sui generis* interest in

les parties ont un désaccord plus fondamental à propos du contenu du titre aborigène lui-même, et de sa réception dans la Constitution par le par. 35(1). Afin d'éclairer le juge qui instruira le nouveau procès, je vais maintenant examiner cette question.

Afin d'illustrer le problème, je vais, en guise d'introduction, exposer les thèses opposées des parties, car j'estime que toutes les parties ont décrit incorrectement le contenu du titre aborigène. Les appelants soutiennent que le titre aborigène équivaut à un fief simple inaliénable, qu'il confère aux peuples autochtones le droit d'utiliser les terres visées comme ils l'entendent et qu'il a été constitutionnalisé par le par. 35(1). Les intimés avancent deux définitions: premièrement, le titre aborigène n'est rien de plus qu'un faisceau de droits autorisant l'exercice d'activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), et la *Loi constitutionnelle de 1982* ne fait que constitutionnaliser ces droits individuels et non le faisceau lui-même, parce que celui-ci n'a aucun contenu indépendant; deuxièmement, le titre aborigène comprend, au plus, le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres pour y exercer des activités qui sont elles-mêmes des droits ancestraux, et le par. 35(1) constitutionnalise cette notion d'exclusivité.

En fait, le contenu du titre aborigène se situe quelque part entre ces deux thèses. Le titre aborigène est un droit foncier et, en tant que tel, il est quelque chose de plus que le droit d'exercer certaines activités précises, qui peuvent elles-mêmes être des droits ancestraux. Il confère plutôt le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones. Ces activités ne constituent pas le droit en soi; elles sont plutôt des parasites du titre sous-jacent. Toutefois, ces différents usages sont subordonnés à la restriction suivante: ils ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour le territoire visé et qui constitue le fondement de son

land, and is one way in which aboriginal title is distinct from a fee simple.

(2) Aboriginal Title at Common Law

(a) *General Features*

The starting point of the Canadian jurisprudence on aboriginal title is the Privy Council's decision in *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, which described aboriginal title as a "personal and usufructuary right" (at p. 54). The subsequent jurisprudence has attempted to grapple with this definition, and has in the process demonstrated that the Privy Council's choice of terminology is not particularly helpful to explain the various dimensions of aboriginal title. What the Privy Council sought to capture is that aboriginal title is a *sui generis* interest in land. Aboriginal title has been described as *sui generis* in order to distinguish it from "normal" proprietary interests, such as fee simple. However, as I will now develop, it is also *sui generis* in the sense that its characteristics cannot be completely explained by reference either to the common law rules of real property or to the rules of property found in aboriginal legal systems. As with other aboriginal rights, it must be understood by reference to both common law and aboriginal perspectives.

The idea that aboriginal title is *sui generis* is the unifying principle underlying the various dimensions of that title. One dimension is its inalienability. Lands held pursuant to aboriginal title cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown and, as a result, is inalienable to third parties. This Court has taken pains to clarify that aboriginal title is only "personal" in this sense, and does not mean that aboriginal title is a non-proprietary interest which amounts to no more than a licence to use and occupy the land and cannot

titre aborigène sur ce territoire. Cette limite intrinsèque, qui sera expliquée plus longuement ci-après, découle du fait que le titre aborigène est défini comme un droit foncier *sui generis*, et elle est un aspect qui différencie le titre aborigène du fief simple.

(2) Le titre aborigène en common law

a) *Caractéristiques générales*

Le point de départ de la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène est la décision du Conseil privé dans l'affaire *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 A.C. 46, dans laquelle le titre aborigène a été décrit comme étant un [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit» (à la p. 54). Par la suite, les tribunaux ont tenté de s'accommoder de cette définition, mais il ressort de leurs décisions que les termes choisis par le Conseil privé ne sont pas particulièrement utiles pour expliquer les différentes dimensions du titre aborigène. Le Conseil privé a cherché à rendre l'idée que le titre aborigène est un intérêt foncier *sui generis*. On a qualifié le titre aborigène de droit *sui generis* afin de le différencier des intérêts de propriété «ordinaires» comme le fief simple. Toutefois, comme je vais maintenant l'explicitier, on le qualifie également de droit *sui generis*, dans la mesure où il est impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques en fonction soit des règles du droit des biens en common law soit des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. Tout comme d'autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des autochtones.

L'idée que le titre aborigène a un caractère *sui generis* est le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre. L'une de ces dimensions est l'inaliénabilité du titre aborigène. Les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent être transférées, vendues ou cédées à personne d'autre que la Couronne, et elles sont par conséquent inaliénables. Notre Cour s'est efforcée de préciser que c'est uniquement dans ce sens que le titre aborigène est un droit «personnel», et que cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un intérêt

compete on an equal footing with other proprietary interests: see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 677.

de propriété, qui ne représente rien de plus qu'une autorisation d'utiliser et d'occuper les terres visées et qui ne peut pas concurrencer sur un pied d'égalité d'autres droits de propriété: *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, à la p. 677.

114 Another dimension of aboriginal title is its source. It had originally been thought that the source of aboriginal title in Canada was the *Royal Proclamation, 1763*: see *St. Catherine's Milling*. However, it is now clear that although aboriginal title was recognized by the *Proclamation*, it arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation, however, is relevant in two different ways, both of which illustrate the *sui generis* nature of aboriginal title. The first is the physical fact of occupation, which derives from the common law principle that occupation is proof of possession in law: see Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at p. 7. Thus, in *Guerin*, *supra*, Dickson J. described aboriginal title, at p. 376, as a "legal right derived from the Indians' historic occupation and possession of their tribal lands". What makes aboriginal title *sui generis* is that it arises from possession before the assertion of British sovereignty, whereas normal estates, like fee simple, arise afterward: see Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", in Michael Asch, ed., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, at p. 144. This idea has been further developed in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, where this Court unanimously held at p. 340 that "aboriginal title pre-dated colonization by the British and survived British claims of sovereignty" (also see *Guerin*, at p. 378). What this suggests is a second source for aboriginal title — the relationship between common law and pre-existing systems of aboriginal law.

Une autre dimension du titre aborigène est son origine. On a d'abord cru que la source du titre aborigène au Canada était la *Proclamation royale de 1763*: voir *St. Catherine's Milling*. Cependant, il ne fait maintenant aucun doute que, même si le titre aborigène a été reconnu par la *Proclamation*, il découle de l'occupation antérieure du Canada par les peuples autochtones. Toutefois, cette occupation antérieure est pertinente à deux points de vue, qui illustrent tous deux le caractère *sui generis* du titre aborigène. Il y a d'abord le fait physique de l'occupation, qui découle du principe de common law selon lequel l'occupation prouve la possession en droit: voir Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), à la p. 7. Ainsi, dans *Guerin*, précité, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène, à la p. 376, de «droit, en *common law*, découlant de l'occupation et de la possession historiques par les Indiens de leurs terres tribales». Le titre aborigène a un caractère *sui generis* parce qu'il découle d'une possession antérieure à l'affirmation de la souveraineté britannique, tandis que les domaines ordinaires, comme le fief simple, ont pris naissance par la suite: voir Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», dans Michael Asch, dir., *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (1997), 135, à la p. 144. Cette idée a été précisée dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, où notre Cour a unanimement statué, à la p. 340, que le «titre aborigène existait avant la colonisation par les Britanniques et a continué d'exister après les revendications de souveraineté britanniques» (voir aussi *Guerin* à la p. 378). Ces affirmations indiquent que le titre aborigène a une autre origine — soit le rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants.

115 A further dimension of aboriginal title is the fact that it is held communally. Aboriginal title cannot be held by individual aboriginal persons; it is a collective right to land held by all members of an aboriginal nation. Decisions with respect to that

Une dimension supplémentaire du titre aborigène est le fait qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation

land are also made by that community. This is another feature of aboriginal title which is *sui generis* and distinguishes it from normal property interests.

(b) *The Content of Aboriginal Title*

Although cases involving aboriginal title have come before this Court and Privy Council before, there has never been a definitive statement from either court on the content of aboriginal title. In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council, as I have mentioned, described the aboriginal title as a "personal and usufructuary right", but declined to explain what that meant because it was not "necessary to express any opinion upon the point" (at p. 55). Similarly, in *Calder, Guerin, and Paul*, the issues were the extinguishment of, the fiduciary duty arising from the surrender of, and statutory easements over land held pursuant to, aboriginal title, respectively; the content of title was not at issue and was not directly addressed.

Although the courts have been less than forthcoming, I have arrived at the conclusion that the content of aboriginal title can be summarized by two propositions: first, that aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures; and second, that those protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land. For the sake of clarity, I will discuss each of these propositions separately.

Aboriginal title encompasses the right to use the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, cultures and traditions

autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. Il s'agit d'une autre caractéristique *sui generis* du titre aborigène, qui le différencie des intérêts de propriété ordinaires.

b) *Le contenu du titre aborigène*

Bien que notre Cour et le Conseil privé aient été saisis par le passé d'affaires relatives au titre aborigène, ni l'un ni l'autre ne se sont jamais prononcés d'une manière définitive sur le contenu du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué, le Conseil privé, dans *St. Catherine's Milling*, a qualifié le titre aborigène de [TRADUCTION] «droit personnel, de la nature d'un usufruit», mais il a refusé d'expliquer ce que cela voulait dire, parce qu'il n'était pas «nécessaire d'exprimer une opinion sur ce point» (à la p. 55). De même, dans les arrêts *Calder, Guerin* et *Paul*, les questions litigieuses étaient respectivement l'extinction du titre aborigène, l'obligation de fiduciaire découlant de la cession de terres détenues en vertu d'un titre aborigène et les servitudes d'origine législative sur des terres ainsi détenues; le contenu du titre n'était pas en cause et n'a pas été abordé directement.

Même si les tribunaux n'ont pas été très explicites, je suis arrivé à la conclusion que le contenu du titre aborigène peut être résumé au moyen de deux énoncés: premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive; deuxièmement, ces utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres. Pour plus de clarté, je vais examiner chacun de ces énoncés séparément.

Le titre aborigène comprend le droit d'utiliser le territoire détenu en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions

116

117

which are integral to distinctive aboriginal cultures

118 The respondents argue that aboriginal title merely encompasses the right to engage in activities which are aspects of aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures of the aboriginal group claiming the right and, at most, adds the notion of exclusivity; i.e., the exclusive right to use the land for those purposes. However, the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put are not restricted in this way. This conclusion emerges from three sources: (i) the Canadian jurisprudence on aboriginal title, (ii) the relationship between reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title, and (iii) the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7. As well, although this is not legally determinative, it is supported by the critical literature. In particular, I have profited greatly from Professor McNeil's article, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*.

(i) Canadian Jurisprudence on Aboriginal Title

119 Despite the fact that the jurisprudence on aboriginal title is somewhat underdeveloped, it is clear that the uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put is not restricted to the practices, customs and traditions of aboriginal peoples integral to distinctive aboriginal cultures. In *Guerin*, for example, Dickson J. described aboriginal title as an "interest in land" which encompassed "a legal right to occupy and possess certain lands" (at p. 382). The "right to occupy and possess" is framed in broad terms and, significantly, is not qualified by reference to traditional and customary uses of those lands. Any doubt that the right to occupancy and possession encompasses a broad variety of uses of land was put to rest in *Paul*, where the Court went even further and stated that aboriginal title was "more than the right to enjoyment and occupancy" (at p. 678). Once again, there is no reference to aboriginal practices, customs and traditions as a qualifier on that right. Moreover, I take the reference to "more" as

autochtones faisant partie intégrante d'une culture autochtone distinctive

Les intimés soutiennent que le titre aborigène comprend simplement le droit d'exercer des activités qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit, et que, tout au plus, le titre ajoute l'idée d'exclusivité, c'est-à-dire le droit exclusif d'utiliser à ces fins les terres visées. Cependant, les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne sont pas limitées de la sorte. Cette conclusion découle de trois sources: (i) la jurisprudence canadienne sur le titre aborigène; (ii) le rapport entre les terres de réserve et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène; (iii) la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7. En outre, même si ce fait n'est pas déterminant sur le plan juridique, cette conclusion est étayée par littérature doctrinale. En particulier, l'article du professeur McNeil intitulé «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, m'a été très utile.

(i) La jurisprudence canadienne sur le titre aborigène

En dépit du fait que la jurisprudence sur le titre aborigène est en quelque sorte en cours d'élaboration, il est clair que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas aux coutumes, pratiques et traditions d'un peuple autochtone et qui font partie intégrante de sa culture distinctive. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, par exemple, le juge Dickson a qualifié le titre aborigène de «droit [. . .] sur [d]es terres» comprenant «le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres» (à la p. 382). Le «droit [. . .] d'occuper et de posséder» est exprimé en termes généraux et, fait important, n'est pas assorti d'une réserve le limitant aux utilisations traditionnelles et habituelles faites de ces terres. Tous les doutes qui pouvaient exister relativement à la question de savoir si le droit d'occuper et d'utiliser des terres vise un large éventail d'utilisations ont été dissipés dans l'arrêt *Paul*, précité, où notre Cour est allée encore plus loin et a déclaré que le titre aborigène était «quelque chose de plus

emphasis of the broad notion of use and possession.

(ii) Reserve Land

Another source of support for the conclusion that the uses to which lands held under aboriginal title can be put are not restricted to those grounded in practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures can be found in *Guerin*, where Dickson J. stated at p. 379 that the same legal principles governed the aboriginal interest in reserve lands and lands held pursuant to aboriginal title:

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases. . . . [Emphasis added.]

The nature of the Indian interest in reserve land is very broad, and can be found in s. 18 of the *Indian Act*, which I reproduce in full:

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

(2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for those purposes, but where an individual Indian, immediately prior to the taking, was entitled to the possession of those lands, compensation for that use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed

qu'un droit de jouissance et d'occupation» (à la p. 678). Une fois de plus, il n'est fait aucune mention de coutumes, pratiques et traditions autochtones en tant que limites à ce droit. De plus, je considère que l'emploi de l'expression «quelque chose de plus» fait ressortir le caractère général de la notion d'utilisation et de possession.

(ii) Les terres des réserves

L'arrêt *Guerin* est une autre source étayant la conclusion que les utilisations qui peuvent être faites des terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne se limitent pas à celles fondées sur des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de cultures distinctives autochtones. Dans cet arrêt, le juge Dickson a déclaré, à la p. 379, que les droits des autochtones sur les terres des réserves et leurs droits sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont régis par les mêmes principes juridiques:

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas . . . [Je souligne.]

La nature du droit des Indiens sur les terres des réserves est très générale, et elle peut être dégagée de l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens*, que je reproduis au complet:

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

(2) Le ministre peut autoriser l'utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l'administration d'affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable

120

121

between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct. [Emphasis added.]

The principal provision is s. 18(1), which states that reserve lands are held “for the use and benefit” of the bands which occupy them; those uses and benefits, on the face of the *Indian Act*, do not appear to be restricted to practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal cultures. The breadth of those uses is reinforced by s. 18(2), which states that reserve lands may be used “for any other purpose for the general welfare of the band”. The general welfare of the band has not been defined in terms of aboriginal practices, customs and traditions, nor in terms of those activities which have their origin pre-contact; it is a concept, by definition, which incorporates a reference to the present-day needs of aboriginal communities. On the basis of *Guerin*, lands held pursuant to aboriginal title, like reserve lands, are also capable of being used for a broad variety of purposes.

(iii) *Indian Oil and Gas Act*

122

The third source for the proposition that the content of aboriginal title is not restricted to practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures is the *Indian Oil and Gas Act*. The overall purpose of the statute is to provide for the exploration of oil and gas on reserve lands through their surrender to the Crown. The statute presumes that the aboriginal interest in reserve land includes mineral rights, a point which this Court unanimously accepted with respect to the *Indian Act* in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. On the basis of *Guerin*, aboriginal title also encompasses mineral rights, and lands held pursuant to aboriginal title should be capable of exploitation in the same way, which is certainly not a traditional use

usage, une indemnité d'un montant dont peuvent convenir l'Indien et le ministre, ou, à défaut d'accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier. [Je souligne.]

La disposition principale est le par. 18(1), qui indique que les terres des réserves sont détenues «à l'usage et au profit» des bandes qui les occupent; à la lecture de la *Loi sur les Indiens*, il ne semble pas que les utilisations et les avantages se limitent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives. Cette pluralité d'utilisations est renforcée par le par. 18(2), qui prévoit que les terres des réserves peuvent être utilisées «pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande». Le bien-être général de la bande n'a pas été défini en fonction des coutumes, pratiques et traditions autochtones, ni en fonction des activités dont l'origine remonte avant le contact avec les Européens; il s'agit d'un concept qui, par définition, fait référence aux besoins actuels des collectivités autochtones. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, tout comme les terres des réserves, peuvent servir à un grand nombre d'utilisations.

(iii) *La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*

La troisième source sur laquelle s'appuie l'énoncé que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures autochtones distinctives est la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. L'objet général de cette loi est de permettre l'exploitation pétrolière et gazière sur les terres des réserves par la cession de ces terres à la Couronne. Cette loi présume que le droit des autochtones sur les terres des réserves comprend les droits miniers, point que notre Cour a accepté à l'unanimité relativement à la *Loi sur les Indiens*, dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. Sur le fondement de l'arrêt *Guerin*, le titre aborigène comprend également les droits miniers, et les terres détenues en vertu d'un titre aborigène devraient pouvoir être exploitées de la même façon, ce qui n'est certaine-

for those lands. This conclusion is reinforced by s. 6(2) of the Act, which provides:

6. . . .

(2) Nothing in this Act shall be deemed to abrogate the rights of Indian people or preclude them from negotiating for oil and gas benefits in those areas in which land claims have not been settled.

The areas referred to in s. 6(2), at the very least, must encompass lands held pursuant to aboriginal title, since those lands by definition have not been surrendered under land claims agreements. The presumption underlying s. 6(2) is that aboriginal title permits the development of oil and gas reserves.

Although this is not determinative, the conclusion that the content of aboriginal title is not restricted to those uses with their origins in the practices, customs and traditions integral to distinctive aboriginal societies has wide support in the critical literature: Jocelyn Gagne, "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309 at pp. 336-37; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 242; Kent McNeil, "The Meaning of Aboriginal Title", *supra*, at pp. 143-150; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, at p. 221; *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), at p. 561; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, at pp. 268-9; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), at p. 34; Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", 66 *Can. Bar Rev.* 727, at pp. 746-48.

In conclusion, the content of aboriginal title is not restricted to those uses which are elements of a practice, custom or tradition integral to the distinc-

ment pas une utilisation traditionnelle de ces terres. Cette conclusion est étayée par le par. 6(2) de la Loi, qui dispose:

6. . . .

(2) La présente loi n'a pas pour effet d'abroger les droits du peuple indien ou de l'empêcher de négocier l'obtention d'avantages pour le pétrole et le gaz dans les régions où les revendications de terres n'ont pas été réglées.

Les régions visées au par. 6(2) doivent à tout le moins comprendre les terres détenues en vertu d'un titre aborigène, étant donné que, par définition, ces terres n'ont pas été cédées dans le cadre d'accords sur des revendications territoriales. La présomption qui sous-tend le par. 6(2) est que le titre aborigène permet l'exploitation de réserves pétrolières et gazières.

Même si ce fait n'est pas déterminant, la conclusion que le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations dont les origines remontent aux coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de sociétés autochtones distinctives jouit d'un vaste appui dans la doctrine: Jocelyn Gagne, «The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim» (1982-83), 47 *Sask. L. Rev.* 309, aux pp. 336 et 337; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 242; Kent McNeil, «The Meaning of Aboriginal Title», *op. cit.*, aux pp. 143 à 150; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982* Part II — Section 35: The Substantive Guarantee» (1988), 22 *U.B.C. L. Rev.* 207, à la p. 221; *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), à la p. 624; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights» (1982-83), 8 *Queen's L.J.* 232, aux pp. 268 et 269; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title* (1983), à la p. 34; Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, aux pp. 746 à 748.

En conclusion, le contenu du titre aborigène ne se limite pas aux utilisations qui sont des éléments d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie

tive culture of the aboriginal group claiming the right. However, nor does aboriginal title amount to a form of inalienable fee simple, as I will now explain.

(c) *Inherent Limit: Lands Held Pursuant to Aboriginal Title Cannot Be Used in a Manner that Is Irreconcilable with the Nature of the Attachment to the Land Which Forms the Basis of the Group's Claim to Aboriginal Title*

125 The content of aboriginal title contains an inherent limit that lands held pursuant to title cannot be used in a manner that is irreconcilable with the nature of the claimants' attachment to those lands. This limit on the content of aboriginal title is a manifestation of the principle that underlies the various dimensions of that special interest in land — it is a *sui generis* interest that is distinct from "normal" proprietary interests, most notably fee simple.

126 I arrive at this conclusion by reference to the other dimensions of aboriginal title which are *sui generis* as well. I first consider the source of aboriginal title. As I discussed earlier, aboriginal title arises from the prior occupation of Canada by aboriginal peoples. That prior occupation is relevant in two different ways: first, because of the physical fact of occupation, and second, because aboriginal title originates in part from pre-existing systems of aboriginal law. However, the law of aboriginal title does not only seek to determine the historic rights of aboriginal peoples to land; it also seeks to afford legal protection to prior occupation in the present-day. Implicit in the protection of historic patterns of occupation is a recognition of the importance of the continuity of the relationship of an aboriginal community to its land over time.

intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. Toutefois, comme je vais maintenant l'expliquer, le titre aborigène n'équivaut pas non plus à une forme de fief simple inaliénable.

c) *Limite intrinsèque: les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire et qui est à la base de sa revendication du titre aborigène*

Le contenu du titre aborigène comporte une limite intrinsèque, savoir que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ne peuvent pas être utilisées d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'ont les revendicateurs pour ces terres. Cette limite au contenu du titre aborigène est une manifestation du principe qui sous-tend les différentes dimensions de ce droit foncier spécial, il s'agit d'un droit *sui generis* qui est différent des intérêts de propriété «ordinaires», en particulier le fief simple.

J'arrive à cette conclusion en me référant aux autres dimensions du titre aborigène qui ont également un caractère *sui generis*. Je vais examiner d'abord l'origine du titre aborigène. Comme je l'ai indiqué plus haut, le titre aborigène découle du fait que le Canada a d'abord été occupé par les peuples autochtones. Cette occupation antérieure est pertinente à deux égards: premièrement en raison du fait physique de l'occupation, et deuxièmement pour le motif que le titre aborigène tire en partie son origine des régimes juridiques autochtones préexistants. Toutefois, le droit relatif au titre aborigène ne cherche pas seulement à définir les droits historiques des peuples autochtones sur le territoire; il vise aussi à accorder, de nos jours, une protection juridique à cette occupation antérieure. La reconnaissance de l'importance de la continuité du rapport qu'une collectivité autochtone entretient avec ses terres au fil des ans ressort implicitement de la protection des modalités historiques de l'occupation.

I develop this point below with respect to the test for aboriginal title. The relevance of the continuity of the relationship of an aboriginal community with its land here is that it applies not only to the past, but to the future as well. That relationship should not be prevented from continuing into the future. As a result, uses of the lands that would threaten that future relationship are, by their very nature, excluded from the content of aboriginal title.

Accordingly, in my view, lands subject to aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place. As discussed below, one of the critical elements in the determination of whether a particular aboriginal group has aboriginal title to certain lands is the matter of the occupancy of those lands. Occupancy is determined by reference to the activities that have taken place on the land and the uses to which the land has been put by the particular group. If lands are so occupied, there will exist a special bond between the group and the land in question such that the land will be part of the definition of the group's distinctive culture. It seems to me that these elements of aboriginal title create an inherent limitation on the uses to which the land, over which such title exists, may be put. For example, if occupation is established with reference to the use of the land as a hunting ground, then the group that successfully claims aboriginal title to that land may not use it in such a fashion as to destroy its value for such a use (e.g., by strip mining it). Similarly, if a group claims a special bond with the land because of its ceremonial or cultural significance, it may not use the land in such a way as to destroy that relationship (e.g., by developing it in such a way that the bond is destroyed, perhaps by turning it into a parking lot).

127
Je vais expliciter ce point plus loin, dans l'examen du critère applicable pour faire la preuve du titre aborigène. En l'espèce, la pertinence de la continuité du rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec ses terres réside dans le fait que ce rapport s'applique non seulement au passé mais aussi à l'avenir. Rien ne devrait empêcher ce rapport de continuer dans le futur. Il s'ensuit que les utilisations des terres qui menaceraient ce rapport futur sont, de par leur nature même, exclues du contenu du titre aborigène.

128
Par conséquent, les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l'occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène en premier lieu. Comme nous le verrons plus loin, l'un des éléments fondamentaux qui permettent de déterminer si un groupe autochtone donné possède un titre aborigène sur certaines terres est la question de l'occupation de celles-ci. L'occupation est définie en fonction des activités qui ont été exercées sur les terres et des utilisations qui ont été faites de celles-ci par le groupe en question. Si des terres font l'objet d'une telle occupation, il existera entre ce groupe et les terres visées un lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. Il me semble que ces éléments du titre aborigène créent une limite intrinsèque aux utilisations qui peuvent être faites des terres visées par un tel titre. Par exemple, si on fait la preuve de l'occupation par référence à l'utilisation des terres comme territoire de chasse, alors le groupe qui a revendiqué avec succès le titre aborigène sur ces terres ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse leur valeur pour cette utilisation (p. ex. en les exploitant en tant que mine à ciel ouvert). De même, si un groupe affirme l'existence d'un lien spécial avec les terres visées en raison de leur importance culturelle ou rituelle, il ne peut pas les utiliser d'une manière qui anéantisse ce rapport (p. ex. en les exploitant d'une façon qui entraîne la destruction du lien, peut-être en les transformant en terrain de stationnement).

129

It is for this reason also that lands held by virtue of aboriginal title may not be alienated. Alienation would bring to an end the entitlement of the aboriginal people to occupy the land and would terminate their relationship with it. I have suggested above that the inalienability of aboriginal lands is, at least in part, a function of the common law principle that settlers in colonies must derive their title from Crown grant and, therefore, cannot acquire title through purchase from aboriginal inhabitants. It is also, again only in part, a function of a general policy "to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements": see *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at p. 133. What the inalienability of lands held pursuant to aboriginal title suggests is that those lands are more than just a fungible commodity. The relationship between an aboriginal community and the lands over which it has aboriginal title has an important non-economic component. The land has an inherent and unique value in itself, which is enjoyed by the community with aboriginal title to it. The community cannot put the land to uses which would destroy that value.

C'est également pour cette raison que les terres détenues en vertu d'un titre aborigène sont inaliénables. L'aliénation des terres en question éteindrait le droit des autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu'ils entretiennent avec celles-ci. J'ai indiqué précédemment que l'inaliénabilité des terres indiennes découle, du moins en partie, du principe de common law selon lequel les personnes qui s'établissent dans une colonie doivent obtenir leur titre par voie de concession de la Couronne et que, par conséquent, elles ne peuvent pas l'acquérir en l'achetant à des autochtones. L'inaliénabilité découle également, une fois de plus en partie seulement, de la politique générale qui consiste à «veiller à ce que ceux-ci [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits»: voir *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, à la p. 133. L'inaliénabilité des terres détenues en vertu d'un titre aborigène indique que ces terres sont quelque chose de plus qu'un simple bien fongible. Le rapport qu'entretient une collectivité autochtone avec les terres sur lesquelles elle possède un titre aborigène comporte un aspect important de nature non économique. Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur.

130

I am cognizant that the *sui generis* nature of aboriginal title precludes the application of "traditional real property rules" to elucidate the content of that title (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 14). Nevertheless, a useful analogy can be drawn between the limit on aboriginal title and the concept of equitable waste at common law. Under that doctrine, persons who hold a life estate in real property cannot commit "wanton or extravagant acts of destruction" (E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* (14th ed. 1988), at p. 264) or "ruin the property" (Robert E. Megarry and H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4th ed. 1975), at p. 105). This description of the limits

Je suis conscient du fait que le caractère *sui generis* du titre aborigène ne permet pas d'appliquer les «règles traditionnelles du droit des biens» pour expliquer le contenu de ce titre (*Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, au par. 14). Malgré tout, il est possible de faire une analogie utile entre la limite applicable au titre aborigène et le concept de dégradation en *equity* que l'on retrouve en common law. Selon ce concept, les personnes qui sont titulaires d'un domaine viager ne peuvent pas y commettre d'[TRADUCTION] «actes de destruction injustifiés ou excessifs» (E. H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property* (14^e éd. 1988), à la p. 264), ni [TRADUCTION] «ruiner le bien-fonds» (Robert E. Megarry et H. W. R. Wade, *The Law of Real Property* (4^e éd. 1975), à la p. 105). Cette description des limites imposées par le concept de

imposed by the doctrine of equitable waste capture the kind of limit I have in mind here.

Finally, what I have just said regarding the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration. On the contrary, the idea of surrender reinforces the conclusion that aboriginal title is limited in the way I have described. If aboriginal peoples wish to use their lands in a way that aboriginal title does not permit, then they must surrender those lands and convert them into non-title lands to do so.

The foregoing amounts to a general limitation on the use of lands held by virtue of aboriginal title. It arises from the particular physical and cultural relationship that a group may have with the land and is defined by the source of aboriginal title over it. This is not, I must emphasize, a limitation that restricts the use of the land to those activities that have traditionally been carried out on it. That would amount to a legal straitjacket on aboriginal peoples who have a legitimate legal claim to the land. The approach I have outlined above allows for a full range of uses of the land, subject only to an overarching limit, defined by the special nature of the aboriginal title in that land.

(d) *Aboriginal Title under s. 35(1) of the Constitution Act, 1982*

Aboriginal title at common law is protected in its full form by s. 35(1). This conclusion flows from the express language of s. 35(1) itself, which states in full: “[t]he existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed” (emphasis added). On a plain reading of the provision, s. 35(1) did not create aboriginal rights; rather, it accorded constitutional status to those rights which were “existing” in 1982. The provision, at the very least, constitutionalized those rights which aborigi-

dégradation en *equity* illustre bien le genre de limites auxquelles je pense en l’espèce.

Enfin, les remarques que je viens de faire au sujet de l’importance de la continuité du rapport qu’entretient une collectivité autochtone avec ses terres, et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d’une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur. Au contraire, l’idée de cession renforce la conclusion que le titre aborigène est limité de la manière que j’ai décrite. Si les autochtones désirent utiliser leurs terres d’une manière que ne permet pas le titre aborigène, ils doivent alors les céder et les convertir en terres non visées par un titre aborigène.

Ce qui précède équivaut à une limitation générale de l’utilisation des terres détenues en vertu d’un titre aborigène. Cette limite découle du rapport physique et culturel particulier qu’un groupe peut entretenir avec les terres, et elle est définie par la source du titre aborigène sur ces terres. Il ne s’agit pas, je dois le souligner, d’une limite qui restreint l’utilisation des terres aux activités qui y ont traditionnellement été exercées. Cela reviendrait, sur le plan juridique, à placer dans un carcan juridique les autochtones qui ont un droit légitime sur les terres. L’approche que je viens d’exposer permet un éventail complet d’utilisations des terres, sous réserve seulement d’une limite dominante, définie par la nature spéciale du titre aborigène sur les terres en question.

(d) *Le titre aborigène visé au par. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

Le titre aborigène en common law est protégé, dans sa forme complète, par le par. 35(1). Cette conclusion découle des termes exprès du par. 35(1) lui-même, dont le texte complet est ainsi rédigé: «[L]es droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés» (je souligne). Il ressort de la simple lecture du par. 35(1) que cette disposition n’a pas créé de droits ancestraux, mais qu’elle a plutôt constitutionnalisé ceux qui étaient «existants» en 1982. Cette disposition a, à tout le moins,

131

132

133

nal peoples possessed at common law, since those rights existed at the time s. 35(1) came into force. Since aboriginal title was a common law right whose existence was recognized well before 1982 (e.g., *Calder, supra*), s. 35(1) has constitutionalized it in its full form.

constitutionnalisés les droits que les peuples autochtones possédaient en common law, étant donné que ces droits existaient au moment de l'entrée en vigueur du par. 35(1). Comme le titre aborigène était un droit issu de la common law et dont l'existence a été reconnue bien avant 1982 (p. ex. dans *Calder*, précité), le par. 35(1) l'a constitutionnalisé dans sa forme complète.

134 I expressed this understanding of the relationship between common law aboriginal rights, including aboriginal title, and the aboriginal rights protected by s. 35(1) in *Van der Peet*. While explaining the purposes behind s. 35(1), I stated that "it must be remembered that s. 35(1) did not create the legal doctrine of aboriginal rights; aboriginal rights existed and were recognized under the common law" (at para. 28). Through the enactment of s. 35(1), "a pre-existing legal doctrine was elevated to constitutional status" (at para. 29), or in other words, s. 35(1) had achieved "the constitutionalization of those rights" (at para. 29).

J'ai exprimé cette conception du rapport qui existe entre les droits ancestraux reconnus en common law, y compris le titre aborigène, et les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) dans l'arrêt *Van der Peet*. Pour expliquer l'objet du par. 35(1), j'ai dit qu'«il ne faut pas oublier que le par. 35(1) n'a pas créé la doctrine juridique des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law» (au par. 28). Par suite de l'édiction du par. 35(1), «une doctrine juridique préexistante s'est vue conférer un statut constitutionnel» (au par. 29); en d'autres termes, le par. 35(1) a réalisé «la constitutionnalisation de [ces droits]» (au par. 29).

135 Finally, this view of the effect of s. 35(1) on common law aboriginal title is supported by numerous commentators: Patrick Macklem, "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 *McGill L.J.* 382, at pp. 447-48; Kent McNeil, "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, at pp. 256-57; James O'Reilly, "La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones" (1984), 25 *C. de D.* 125, at p. 137; William Pentney, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982 Part II — Section 35: The Substantive Guarantee*", *supra*, at pp. 220-21; Douglas Sanders, "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 314, at p. 329; Douglas Sanders, "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 707, at pp. 731-32; Brian Slattery, "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights", *supra*, at p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands*,

En dernier lieu, de nombreux commentateurs souscrivent à cette façon de voir l'effet du par. 35(1) sur le titre aborigène reconnu en common law: Patrick Macklem, «First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination» (1991), 36 *R.D. McGill* 382, aux pp. 447 et 448; Kent McNeil, «The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1982), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* 255, aux pp. 256 et 257; James O'Reilly, «La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones» (1984), 25 *C. de D.* 125, à la p. 137; William Pentney, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the *Constitution Act, 1982 Part II — Section 35: The Substantive Guarantee*», *loc. cit.*, aux pp. 220 et 221; Douglas Sanders, «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 *R. du B. can.* 314, à la p. 329; Douglas Sanders, «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada», dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 779, aux pp. 809 à 811; Brian Slattery, «The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights», *loc.*

Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title, *supra*, at p. 45.

I hasten to add that the constitutionalization of common law aboriginal rights by s. 35(1) does not mean that those rights exhaust the content of s. 35(1). As I said in *Côté*, *supra*, at para. 52:

Section 35(1) would fail to achieve its noble purpose of preserving the integral and defining features of distinctive aboriginal societies if it only protected those defining features which were fortunate enough to have received the legal recognition and approval of European colonizers.

I relied on this proposition in *Côté* to defeat the argument that the possible absence of aboriginal rights under French colonial law was a bar to the existence of aboriginal rights under s. 35(1) within the historic boundaries of New France. But it also follows that the existence of a particular aboriginal right at common law is not a *sine qua non* for the proof of an aboriginal right that is recognized and affirmed by s. 35(1). Indeed, none of the decisions of this Court handed down under s. 35(1) in which the existence of an aboriginal right has been demonstrated has relied on the existence of that right at common law. The existence of an aboriginal right at common law is therefore sufficient, but not necessary, for the recognition and affirmation of that right by s. 35(1).

The acknowledgement that s. 35(1) has accorded constitutional status to common law aboriginal title raises a further question — the relationship of aboriginal title to the “aboriginal rights” protected by s. 35(1). I addressed that question in *Adams*, *supra*, where the Court had been presented with two radically different conceptions of this relationship. The first conceived of aboriginal rights as being “inherently based in aboriginal title to the land” (at para. 25), or as fragments of a broader claim to aboriginal title. By implication, aboriginal rights must rest either in a claim to title or the unextinguished remnants of title. Taken to

cit., à la p. 254; Brian Slattery, *Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 45.

Je m’empresse d’ajouter que la constitutionnalisation par le par. 35(1) des droits ancestraux reconnus en common law ne signifie pas que ces droits épuisent le contenu de cette disposition. Comme je l’ai dit dans *Côté*, précité, au par. 52:

Le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives, ne saurait être réalisé s’il ne protégeait que les caractéristiques déterminantes dont le sort a bien voulu qu’elles soient reconnues légalement par les colonisateurs européens.

Dans *Côté*, je me suis fondé sur cette affirmation pour réfuter l’argument selon lequel l’absence possible de droits ancestraux dans le droit colonial français faisait obstacle à l’existence de droits ancestraux au sens du par. 35(1) à l’intérieur des frontières historiques de la Nouvelle-France. Toutefois, il s’ensuit également que l’existence d’un droit ancestral particulier reconnu en common law n’est pas un préalable essentiel pour prouver l’existence d’un droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1). De fait, aucune des décisions qui ont été rendues par notre Cour relativement au par. 35(1) et dans lesquelles l’existence d’un droit ancestral a été démontrée n’a invoqué l’existence de ce droit en common law. L’existence d’un droit ancestral reconnu en common law est donc suffisante, mais pas nécessaire, pour la reconnaissance et la confirmation de ce droit par le par. 35(1).

La reconnaissance du fait que le par. 35(1) a constitutionnalisé le titre aborigène reconnu en common law soulève une autre question, celle du rapport qui existe entre le titre aborigène et les «droits ancestraux» protégés par le par. 35(1). J’ai examiné cette question dans l’arrêt *Adams*, précité, où deux conceptions diamétralement opposées de ce rapport avaient été soumises à notre Cour. La première présentait les droits ancestraux comme des droits qui «se rattachent intrinsèquement au titre aborigène sur le territoire visé» (au par. 25), ou comme des fragments d’une revendication plus large visant le titre aborigène. Par implication, les

its logical extreme, this suggests that aboriginal title is merely the sum of a set of individual aboriginal rights, and that it therefore has no independent content. However, I rejected this position for another — that aboriginal title is “simply one manifestation of a broader-based conception of aboriginal rights” (at para. 25). Thus, although aboriginal title is a species of aboriginal right recognized and affirmed by s. 35(1), it is distinct from other aboriginal rights because it arises where the connection of a group with a piece of land “was of a central significance to their distinctive culture” (at para. 26).

138 The picture which emerges from *Adams* is that the aboriginal rights which are recognized and affirmed by s. 35(1) fall along a spectrum with respect to their degree of connection with the land. At the one end, there are those aboriginal rights which are practices, customs and traditions that are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. However, the “occupation and use of the land” where the activity is taking place is not “sufficient to support a claim of title to the land” (at para. 26 (emphasis in original)). Nevertheless, those activities receive constitutional protection. In the middle, there are activities which, out of necessity, take place on land and indeed, might be intimately related to a particular piece of land. Although an aboriginal group may not be able to demonstrate title to the land, it may nevertheless have a site-specific right to engage in a particular activity. I put the point this way in *Adams*, at para. 30:

Even where an aboriginal right exists on a tract of land to which the aboriginal people in question do not have title, that right may well be site specific, with the result that it can be exercised only upon that specific tract of land. For example, if an aboriginal people demonstrates that hunting on a specific tract of land was an integral part of their distinctive culture then, even if the right exists apart from title to that tract of land, the aboriginal right to hunt is nonetheless defined as, and limited to,

droits ancestraux doivent reposer soit sur la revendication d’un titre, soit sur les restes non éteints d’un titre. Poussé à son extrême, ce raisonnement suggère que le titre aborigène est simplement la somme d’un ensemble de droits ancestraux individuels, et qu’il n’a donc aucun contenu indépendant. J’ai toutefois rejeté cette conception et retenu l’autre, savoir que le titre aborigène n’est «que la manifestation d’une conception plus large des droits ancestraux» (au par. 25). Par conséquent, bien que le titre aborigène soit un type de droit ancestral reconnu et confirmé par le par. 35(1), il est distinct des autres droits ancestraux parce qu’il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe «avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

Il ressort de l’arrêt *Adams* que les droits ancestraux qui sont reconnus et confirmés par le par. 35(1) s’étalent le long d’un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les droits ancestraux qui sont des coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante de la culture autochtone distinctive du groupe qui revendique le droit en question. Toutefois, le fait que le territoire sur lequel l’activité est pratiquée a été «occupé et utilisé» ne suffit pas «pour étayer la revendication du titre sur celui-ci» (au par. 26 (souligné dans l’original)). Néanmoins, ces activités bénéficient de la protection de la Constitution. Au milieu du spectre, on trouve les activités qui, par nécessité, sont pratiquées sur le territoire et, de fait, pourraient même être étroitement rattachées à une parcelle de terrain particulière. Bien qu’un groupe autochtone puisse être incapable de démontrer l’existence d’un titre sur le territoire, il peut quand même avoir le droit — spécifique à un site — de s’adonner à une activité particulière. J’ai présenté la chose de la façon suivante dans l’arrêt *Adams* (au par. 30):

En effet, même si un droit ancestral s’attache à une parcelle de terrain dont le titre n’appartient pas au peuple autochtone concerné, ce droit peut fort bien être spécifique à un site et, en conséquence, ne pouvoir être exercé que sur cette parcelle de terrain spécifique. Par exemple, si un peuple autochtone établit que la chasse sur une parcelle de terrain spécifique faisait partie intégrante de sa culture distinctive à l’époque, le droit de chasse ancestral — même s’il existe indépendamment

the right to hunt on the specific tract of land. [Emphasis added.]

At the other end of the spectrum, there is aboriginal title itself. As *Adams* makes clear, aboriginal title confers more than the right to engage in site-specific activities which are aspects of the practices, customs and traditions of distinctive aboriginal cultures. Site-specific rights can be made out even if title cannot. What aboriginal title confers is the right to the land itself.

Because aboriginal rights can vary with respect to their degree of connection with the land, some aboriginal groups may be unable to make out a claim to title, but will nevertheless possess aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1), including site-specific rights to engage in particular activities. As I explained in *Adams*, this may occur in the case of nomadic peoples who varied “the location of their settlements with the season and changing circumstances” (at para. 27). The fact that aboriginal peoples were non-sedentary, however (at para. 27)

does not alter the fact that nomadic peoples survived through reliance on the land prior to contact with Europeans and, further, that many of the practices, customs and traditions of nomadic peoples that took place on the land were integral to their distinctive cultures.

(e) *Proof of Aboriginal Title*

(i) Introduction

In addition to differing in the degree of connection with the land, aboriginal title differs from other aboriginal rights in another way. To date, the Court has defined aboriginal rights in terms of activities. As I said in *Van der Peet* (at para. 46):

[I]n order to be an aboriginal right an activity must be an element of a practice, custom or tradition integral to

du titre sur cette parcelle de terrain — est néanmoins défini comme étant le droit de chasser sur cette parcelle spécifique, et il se limite à cela. [Je souligne.]

À l’autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène proprement dit. Ainsi qu’il ressort clairement de l’arrêt *Adams*, le titre aborigène confère quelque chose de plus que le droit d’exercer des activités spécifiques à un site qui sont des aspects de coutumes, pratiques et traditions de cultures autochtones distinctives. L’existence de droits spécifiques à un site peut être établie même si l’existence d’un titre ne peut pas l’être. Ce que le titre aborigène confère c’est le droit au territoire lui-même.

Étant donné que les droits ancestraux peuvent varier en fonction de leur degré de rattachement au territoire, il est possible que certains groupes autochtones soient incapables d’établir le bien-fondé de leur revendication d’un titre, mais qu’ils possèdent néanmoins des droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), notamment des droits — spécifiques à un site — d’exercer des activités particulières. Comme je l’ai expliqué dans *Adams*, cela peut se produire dans le cas de peuples nomades qui changeaient «l’emplacement de leurs établissements [. . .] en fonction des saisons et des circonstances» (au par. 27). Toutefois, le fait que des peuples autochtones n’étaient pas sédentaires (au par. 27)

ne change rien au fait que les peuples nomades ont survécu en exploitant le territoire avant le contact avec les Européens, et que bon nombre des coutumes, pratiques et traditions observées par ces peuples nomades sur le territoire en question faisaient partie intégrante de leur culture distinctive.

e) *La preuve de l’existence d’un titre aborigène*

(i) Introduction

En plus de différer des autres droits ancestraux quant au degré de rattachement avec le territoire, le titre aborigène se distingue de ceux-ci d’une autre façon. Jusqu’à maintenant, la Cour a défini les droits ancestraux par rapport à des activités. Comme je l’ai dit dans *Van der Peet* (au par. 46):

[P]our constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d’une coutume, pratique ou tradition faisant

the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. [Emphasis added.]

Aboriginal title, however, is a right to the land itself. Subject to the limits I have laid down above, that land may be used for a variety of activities, none of which need be individually protected as aboriginal rights under s. 35(1). Those activities are parasitic on the underlying title.

141 This difference between aboriginal rights to engage in particular activities and aboriginal title requires that the test I laid down in *Van der Peet* be adapted accordingly. I anticipated this possibility in *Van der Peet* itself, where I stated that (at para. 74):

Aboriginal rights arise from the prior occupation of land, but they also arise from the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. In considering whether a claim to an aboriginal right has been made out, courts must look at both the relationship of an aboriginal claimant to the land and at the practices, customs and traditions arising from the claimant's distinctive culture and society. Courts must not focus so entirely on the relationship of aboriginal peoples with the land that they lose sight of the other factors relevant to the identification and definition of aboriginal rights. [Emphasis added; "and" emphasized in original.]

Since the purpose of s. 35(1) is to reconcile the prior presence of aboriginal peoples in North America with the assertion of Crown sovereignty, it is clear from this statement that s. 35(1) must recognize and affirm both aspects of that prior presence — first, the occupation of land, and second, the prior social organization and distinctive cultures of aboriginal peoples on that land. To date the jurisprudence under s. 35(1) has given more emphasis to the second aspect. To a great extent, this has been a function of the types of cases which have come before this Court under s. 35(1) — prosecutions for regulatory offences that, by their very nature, proscribe discrete types of activity.

partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. [Je souligne.]

Or le titre aborigène est le droit au territoire lui-même. Sous réserve des limites que j'ai exposées précédemment, ce territoire peut être utilisé pour diverses activités, dont aucune ne doit nécessairement être protégée individuellement en tant que droit ancestral prévu au par. 35(1). Ces activités sont des parasites du titre sous-jacent.

Cette différence entre les droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières et le titre aborigène exige l'adaptation, en conséquence, du critère que j'ai exposé dans *Van der Peet*. J'ai prévu cette possibilité dans cet arrêt, où j'ai déclaré (au par. 74):

Les droits ancestraux découlent non seulement de l'occupation antérieure du territoire, mais aussi de l'organisation sociale antérieure et des cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire. Pour déterminer si le bien-fondé de la revendication d'un droit ancestral a été établi, les tribunaux doivent considérer et les rapports qu'entretient le demandeur autochtone avec le territoire et les coutumes, pratiques et traditions de la société à laquelle il appartient et de la culture distinctive de cette société. Ils ne doivent pas se concentrer sur les rapports qu'entretiennent les peuples autochtones avec le territoire au point de négliger les autres facteurs pertinents pour l'identification et la définition des droits ancestraux. [Je souligne; «et» souligné dans l'original.]

Comme l'objet du par. 35(1) est de concilier la présence antérieure des peuples autochtones en Amérique du Nord avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, il ressort clairement de cet énoncé que le par. 35(1) doit reconnaître et confirmer les deux aspects de cette préexistence, savoir l'occupation du territoire, d'une part, et l'organisation sociale antérieure et les cultures distinctives des peuples autochtones habitant ce territoire, d'autre part. Jusqu'à ce jour, la jurisprudence relative au par. 35(1) a surtout insisté sur le deuxième aspect. Cette situation est dans une large mesure attribuable aux genres d'affaires qui ont été soumises à notre Cour dans le contexte du par. 35(1), savoir des poursuites intentées relativement à des infractions réglementaires qui, de par leur nature même, interdisent divers types d'activités.

The adaptation of the test laid down in *Van der Peet* to suit claims to title must be understood as the recognition of the first aspect of that prior presence. However, as will now become apparent, the tests for the identification of aboriginal rights to engage in particular activities and for the identification of aboriginal title share broad similarities. The major distinctions are first, under the test for aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy, and second, whereas the time for the identification of aboriginal rights is the time of first contact, the time for the identification of aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land.

(ii) The Test for the Proof of Aboriginal Title

In order to make out a claim for aboriginal title, the aboriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupancy is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

The land must have been occupied prior to sovereignty

In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title. The relevant time period for the establishment of title is, therefore, different than for the establishment of aboriginal rights to engage in specific activities. In *Van der Peet*, I held, at para. 60 that “[t]he time period that

L’adaptation du critère établi dans l’arrêt *Van der Peet* en vue de son application aux revendications de titre doit également être considérée comme la reconnaissance du premier aspect de cette présence antérieure. Toutefois, comme il deviendra maintenant évident, le critère applicable pour déterminer l’existence de droits ancestraux autorisant l’exercice d’activités particulières et le critère applicable pour déterminer l’existence d’un titre aborigène comportent de grandes similitudes. Par ailleurs, voici quelles sont les principales distinctions: premièrement, dans le cadre du critère relatif au titre aborigène, l’exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l’exigence d’occupation; deuxièmement, alors que c’est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c’est le moment de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire.

(ii) Le critère applicable pour prouver l’existence d’un titre aborigène

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes: (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

Le territoire doit avoir été occupé avant l’affirmation de la souveraineté

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu’il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres. La période pertinente pour établir l’existence du titre est donc différente de celle qui s’applique pour établir l’existence de droits ancestraux autorisant l’exercice d’activités précises. Dans *Van der Peet*, j’ai

a court should consider in identifying whether the right claimed meets the standard of being integral to the aboriginal community claiming the right is the period prior to contact . . .” This arises from the fact that in defining the central and distinctive attributes of pre-existing aboriginal societies it is necessary to look to a time prior to the arrival of Europeans. Practices, customs or traditions that arose solely as a response to European influences do not meet the standard for recognition as aboriginal rights.

statué, au par. 60, que «[l]a période que doit prendre en considération le tribunal pour décider si le droit revendiqué satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive de la collectivité autochtone qui revendique le droit en cause est la période qui a précédé le contact . . .» Cela découle du fait que pour définir les attributs fondamentaux et distinctifs des sociétés autochtones préexistantes, il faut se reporter à une époque antérieure à l'arrivée des Européens. Les pratiques, coutumes et traditions qui ont pris naissance uniquement sous l'effet des influences européennes ne satisfont pas à la norme établie pour la reconnaissance des droits ancestraux.

145 On the other hand, in the context of aboriginal title, sovereignty is the appropriate time period to consider for several reasons. First, from a theoretical standpoint, aboriginal title arises out of prior occupation of the land by aboriginal peoples and out of the relationship between the common law and pre-existing systems of aboriginal law. Aboriginal title is a burden on the Crown's underlying title. However, the Crown did not gain this title until it asserted sovereignty over the land in question. Because it does not make sense to speak of a burden on the underlying title before that title existed, aboriginal title crystallized at the time sovereignty was asserted. Second, aboriginal title does not raise the problem of distinguishing between distinctive, integral aboriginal practices, customs and traditions and those influenced or introduced by European contact. Under common law, the act of occupation or possession is sufficient to ground aboriginal title and it is not necessary to prove that the land was a distinctive or integral part of the aboriginal society before the arrival of Europeans. Finally, from a practical standpoint, it appears that the date of sovereignty is more certain than the date of first contact. It is often very difficult to determine the precise moment that each aboriginal group had first contact with European culture. I note that this is the approach has support in the academic literature: Brian Slattery, “Understanding Aboriginal Rights”, *supra*, at p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 196. For these reasons, I conclude that aboriginals must establish occupation of the land

Par contre, lorsqu'il est question de titre aborigène, la période de l'affirmation de la souveraineté est celle qui doit être prise en considération, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, d'un point de vue théorique, le titre aborigène découle de l'occupation antérieure du territoire par les peuples autochtones et du rapport entre la common law et les régimes juridiques autochtones préexistants. Le titre aborigène grève le titre sous-jacent de la Couronne. Cependant, celle-ci n'a acquis ce titre qu'à compter du moment où elle a affirmé sa souveraineté sur le territoire en question. Étant donné qu'il serait absurde de parler d'une charge grevant le titre sous-jacent avant que celui-ci ait existé, le titre aborigène s'est cristallisé au moment de l'affirmation de la souveraineté. Deuxièmement, le titre aborigène ne soulève pas le problème que pose la distinction entre les coutumes, pratiques et traditions distinctives faisant partie intégrante d'une société autochtone et celles qui ont été introduites par suite du contact avec les Européens ou influencées par celui-ci. En vertu de la common law, le fait de l'occupation ou de la possession suffit pour fonder un titre aborigène, et il n'est pas nécessaire de prouver que le territoire en question faisait partie intégrante de la société autochtone visée avant l'arrivée des Européens ou qu'il était un élément distinctif de celle-ci. Finalement, il semble, d'un point de vue pratique, que la date de l'affirmation de la souveraineté ait un caractère plus certain que celle du premier contact avec les Européens. Il est souvent très difficile de déterminer à quel moment précis chaque groupe autoch-

from the date of the assertion of sovereignty in order to sustain a claim for aboriginal title. McEachern C.J. found, at pp. 233-34, and the parties did not dispute on appeal, that British sovereignty over British Columbia was conclusively established by the Oregon Boundary Treaty of 1846. This is not to say that circumstances subsequent to sovereignty may never be relevant to title or compensation; this might be the case, for example, where native bands have been dispossessed of traditional lands after sovereignty.

There was a consensus among the parties on appeal that proof of historic occupation was required to make out a claim to aboriginal title. However, the parties disagreed on how that occupancy could be proved. The respondents assert that in order to establish aboriginal title, the occupation must be the physical occupation of the land in question. The appellant Gitksan nation argue, by contrast, that aboriginal title may be established, at least in part, by reference to aboriginal law.

This debate over the proof of occupancy reflects two divergent views of the source of aboriginal title. The respondents argue, in essence, that aboriginal title arises from the physical reality at the time of sovereignty, whereas the Gitksan effectively take the position that aboriginal title arises from and should reflect the pattern of land holdings under aboriginal law. However, as I have explained above, the source of aboriginal title appears to be grounded both in the common law

tone est pour la première fois entré en contact avec la culture européenne. Je note que cette approche trouve appui dans la doctrine: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, à la p. 742; Kent McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 196. Pour ces motifs, je conclus que les autochtones doivent prouver l'occupation du territoire à partir de l'affirmation de la souveraineté pour fonder la revendication d'un titre aborigène. Le juge en chef McEachern a conclu, aux pp. 233 et 234, que la date de l'affirmation de la souveraineté britannique sur la Colombie-Britannique avait été établie de façon concluante par le traité Oregon de 1846, conclusion que les parties n'ont pas contestée en appel. Cela ne veut pas dire que des circonstances ultérieures à l'affirmation de la souveraineté ne seront jamais pertinentes pour ce qui est du titre ou de l'indemnité. De telles circonstances pourraient l'être, par exemple dans le cas de bandes autochtones qui auraient été dépossédées de terres traditionnelles après l'affirmation de la souveraineté.

Il y avait un consensus entre les parties au pré-ent pour voir sur le fait que la preuve de l'occupation historique du territoire visé est requise pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène sur celui-ci. Toutefois, les parties ne se sont pas entendues sur la façon de prouver cette occupation. Les intimés soutiennent que, en ce qui concerne l'établissement de l'existence d'un titre aborigène, l'occupation s'entend nécessairement de l'occupation physique du territoire en question. À l'opposé, la nation Gitksan appelante prétend qu'il est possible, du moins en partie, d'établir l'existence d'un titre aborigène en se référant aux règles de droit autochtones.

Ce débat sur la preuve de l'occupation témoigne de l'existence de deux conceptions divergentes de l'origine du titre aborigène. Essentiellement, les intimés soutiennent que le titre aborigène découle de la réalité physique qu'ont rencontrée les Européens au moment de l'affirmation de la souveraineté, tandis que la nation Gitksan adopte en fait le point de vue que le titre aborigène découle des modes de possession foncière prévus par les règles de droit autochtones et qu'il devrait refléter ces

and in the aboriginal perspective on land; the latter includes, but is not limited to, their systems of law. It follows that both should be taken into account in establishing the proof of occupancy. Indeed, there is precedent for doing so. In *Baker Lake*, *supra*, Mahoney J. held that to prove aboriginal title, the claimants needed both to demonstrate their “physical presence on the land they occupied” (at p. 561) and the existence “among [that group of] . . . a recognition of the claimed rights. . . by the regime that prevailed before” (at p. 559).

modes de possession. Toutefois, comme je l’ai expliqué précédemment, l’origine du titre aborigène semble reposer tant sur la common law que sur le point de vue des autochtones à l’égard du territoire, point de vue qui tient compte notamment de leurs régimes juridiques. Il s’ensuit que ces deux éléments devraient être pris en compte dans la démonstration de l’occupation. De fait, il existe un précédent à cet égard. Dans l’affaire *Baker Lake*, précitée, le juge Mahoney a statué que, pour établir l’existence d’un titre aborigène, les requérants devaient prouver leur «présence physique [. . .] sur la terre qu’ils occupaient» (à la p. 561) et l’existence «chez [ce groupe] [d’]une perception des droits réclamés [. . .] [qui] recevai[t] effet au cours du régime qui prévalait antérieurement» (à la p. 559).

148

This approach to the proof of occupancy at common law is also mandated in the context of s. 35(1) by *Van der Peet*. In that decision, as I stated above, I held at para. 50 that the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty required that account be taken of the “aboriginal perspective while at the same time taking into account the perspective of the common law” and that “[t]rue reconciliation will, equally, place weight on each”. I also held that the aboriginal perspective on the occupation of their lands can be gleaned, in part, but not exclusively, from their traditional laws, because those laws were elements of the practices, customs and traditions of aboriginal peoples: at para. 41. As a result, if, at the time of sovereignty, an aboriginal society had laws in relation to land, those laws would be relevant to establishing the occupation of lands which are the subject of a claim for aboriginal title. Relevant laws might include, but are not limited to, a land tenure system or laws governing land use.

L’arrêt *Van der Peet* commande également cette approche relative à la preuve de l’occupation en common law dans le contexte du par. 35(1). Dans cette décision, comme je l’ai dit précédemment, j’ai statué, au par. 50 que, pour concilier l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, il fallait tenir compte à la fois du «point de vue des autochtones et de la common law», et j’ai également conclu que «[l]a conciliation véritable accorde, également, de l’importance à chacun de ces éléments». En outre, j’ai déclaré que le point de vue des autochtones sur l’occupation des terres peut être dégagé en partie, mais pas exclusivement, de leurs règles de droit traditionnelles parce que ces règles étaient des éléments des coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones: au par. 41. Il s’ensuit que si, au moment de l’affirmation de la souveraineté, une société autochtone avait des règles de droit concernant le territoire, ces règles seraient pertinentes pour prouver l’occupation des terres visées par la revendication d’un titre aborigène. Les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l’utilisation des terres.

149

However, the aboriginal perspective must be taken into account alongside the perspective of the common law. Professor McNeil has convincingly

Toutefois, le point de vue des autochtones doit être pris en considération en même temps que la common law. Le professeur McNeil a soutenu,

argued that at common law, the fact of physical occupation is proof of possession at law, which in turn will ground title to the land: *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 73; also see *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *supra*, at p. 28; and Megarry and Wade, *The Law of Real Property*, *supra*, at p. 1006. Physical occupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources: see McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at pp. 201-2. In considering whether occupation sufficient to ground title is established, "one must take into account the group's size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed": Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", at p. 758.

In *Van der Peet*, I drew a distinction between those practices, customs and traditions of aboriginal peoples which were "an aspect of, or took place in" the society of the aboriginal group asserting the claim and those which were "a central and significant part of the society's distinctive culture" (at para. 55). The latter stood apart because they "made the culture of the society distinctive... it was one of the things that truly made the society what it was" (at para. 55, emphasis in original). The same requirement operates in the determination of the proof of aboriginal title. As I said in *Adams*, a claim to title is made out when a group can demonstrate "that their connection with the piece of land... was of a central significance to their distinctive culture" (at para. 26).

Although this remains a crucial part of the test for aboriginal rights, given the occupancy requirement in the test for aboriginal title, I cannot imagine a situation where this requirement would actu-

d'une façon convaincante, qu'en common law l'occupation physique fait preuve de la possession en droit, fait qui à son tour fondera le droit au titre sur les terres visées: *Common Law Aboriginal Title*, *op. cit.*, à la p. 73; voir aussi *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 28; et Megarry et Wade, *The Law of Real Property*, *op. cit.*, à la p. 1006. L'occupation physique peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l'utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs: voir McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, aux pp. 201 et 202. Dans l'examen de la question de savoir si on a fait la preuve d'une occupation suffisante pour fonder un titre aborigène, [TRADUCTION] «il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées»: Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», à la p. 758.

Dans *Van der Peet*, j'ai établi une distinction entre les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui étaient «un aspect» de la société autochtone qui revendique le titre ou qui «y étai[ent] exercée[s]», et celles qui étaient «un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société» (au par. 55). Ces dernières coutumes, pratiques et traditions se démarquaient parce qu'elles «rendaient la culture de la société distinctive [...] c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était» (au par. 55, souligné dans l'original). La même exigence s'applique pour prouver l'existence d'un titre aborigène. Comme je l'ai dit dans *Adams*, le bien-fondé de la revendication d'un titre est établi lorsqu'un groupe peut démontrer «que le rapport qu'il entretient avec le territoire [...] avait, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale» (au par. 26).

Bien que cela demeure un aspect fondamental du critère de détermination de l'existence des droits ancestraux, compte tenu de l'exigence d'occupation prévue par le critère applicable pour sta-

ally serve to limit or preclude a title claim. The requirement exists for rights short of title because it is necessary to distinguish between those practices which were central to the culture of claimants and those which were more incidental. However, in the case of title, it would seem clear that any land that was occupied pre-sovereignty, and which the parties have maintained a substantial connection with since then, is sufficiently important to be of central significance to the culture of the claimants. As a result, I do not think it is necessary to include explicitly this element as part of the test for aboriginal title.

If present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation

152

In *Van der Peet*, I explained that it is the pre-contact practices, customs and traditions of aboriginal peoples which are recognized and affirmed as aboriginal rights by s. 35(1). But I also acknowledged it would be “next to impossible” (at para. 62) for an aboriginal group to provide conclusive evidence of its pre-contact practices, customs and traditions. What would suffice instead was evidence of post-contact practices, which was “directed at demonstrating which aspects of the aboriginal community and society have their origins pre-contact” (at para. 62). The same concern, and the same solution, arises with respect to the proof of occupation in claims for aboriginal title, although there is a difference in the time for determination of title. Conclusive evidence of pre-sovereignty occupation may be difficult to come by. Instead, an aboriginal community may provide evidence of present occupation as proof of pre-sovereignty occupation in support of a claim to aboriginal title. What is required, in addition, is a continuity between present and pre-sovereignty occupation, because the relevant time for the deter-

tuer sur l’existence d’un titre aborigène, je ne peux imaginer de situation où cette exigence servirait en fait à limiter ou à empêcher la revendication de titre. L’exigence existe à l’égard des droits qui ne constituent pas des titres parce que, dans de tels cas, il est nécessaire de distinguer entre les pratiques qui étaient des éléments fondamentaux de la culture des demandeurs et celles qui étaient davantage accessoires. Toutefois, dans le cas d’un titre, il semble clair que tout territoire qui a été occupé antérieurement à l’affirmation de la souveraineté et avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel est suffisamment important pour avoir une importance fondamentale pour la culture des demandeurs. Par conséquent, je ne crois pas qu’il soit nécessaire d’inclure explicitement cet élément dans le critère relatif au titre aborigène.

Si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit y avoir continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté

Dans *Van der Peet*, j’ai expliqué que ce sont les coutumes, pratiques et traditions des peuples autochtones qui existaient avant le contact avec les Européens qui sont reconnues et confirmées comme des droits ancestraux par le par. 35(1). Cependant, j’ai également reconnu qu’il serait «pratiquement impossible» (au par. 62) pour un groupe autochtone de produire une preuve concluante de ses coutumes, pratiques et traditions datant de l’époque antérieure au contact avec les Européens. Il suffirait plutôt de produire une preuve des pratiques postérieures au contact avec les Européens qui «tende à démontrer lesquels des aspects de la collectivité et de la société autochtones datent d’avant le contact avec les Européens» (au par. 62). La preuve de l’occupation dans le cadre de la revendication d’un titre aborigène pose le même problème et appelle la même solution. Il peut s’avérer difficile d’apporter des éléments de preuve concluants d’une occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Au lieu de cela, une collectivité autochtone peut produire, au soutien de la revendication d’un titre abo-

mination of aboriginal title is at the time before sovereignty.

Needless to say, there is no need to establish “an unbroken chain of continuity” (*Van der Peet*, at para. 65) between present and prior occupation. The occupation and use of lands may have been disrupted for a time, perhaps as a result of the unwillingness of European colonizers to recognize aboriginal title. To impose the requirement of continuity too strictly would risk “undermining the very purpose of s. 35(1) by perpetuating the historical injustice suffered by aboriginal peoples at the hands of colonizers who failed to respect” aboriginal rights to land (*Côté*, *supra*, at para. 53). In *Mabo*, *supra*, the High Court of Australia set down the requirement that there must be “substantial maintenance of the connection” between the people and the land. In my view, this test should be equally applicable to proof of title in Canada.

I should also note that there is a strong possibility that the precise nature of occupation will have changed between the time of sovereignty and the present. I would like to make it clear that the fact that the nature of occupation has changed would not ordinarily preclude a claim for aboriginal title, as long as a substantial connection between the people and the land is maintained. The only limitation on this principle might be the internal limits on uses which land that is subject to aboriginal title may be put, i.e., uses which are inconsistent with continued use by future generations of aboriginals.

rigène, des éléments de preuve de l’occupation actuelle comme preuve d’une occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Il faut en outre qu’il y ait une continuité entre l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté et l’occupation actuelle, parce que la période pertinente pour la détermination de l’existence d’un titre aborigène est celle qui a précédé l’affirmation de la souveraineté.

Il va sans dire qu’il n’est pas nécessaire de faire la preuve d’une «continuité parfaite» (*Van der Peet*, au par. 65) entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure au contact avec les Européens. Il est possible que l’occupation et l’utilisation des terres aient été interrompues pendant une certaine période, à cause peut-être de la réticence des colonisateurs européens à reconnaître le titre aborigène. Exiger la continuité d’une manière trop stricte pourrait «saper l’objet même du par. 35(1) en perpétuant l’injustice historique dont les peuples autochtones ont été victimes aux mains des colonisateurs, qui n’ont pas respecté» les droits fonciers des autochtones (*Côté*, précité, au par. 53). Dans l’arrêt *Mabo*, précité, la Haute Cour d’Australie a établi l’exigence selon laquelle il doit y avoir «un maintien substantiel du lien» entre le peuple et le territoire. Je suis d’avis que ce critère s’applique également au Canada pour statuer sur l’existence d’un titre.

Il me faut également souligner qu’il est fort possible que la nature précise de l’occupation ait changé entre l’époque de l’affirmation de la souveraineté et aujourd’hui. Je veux qu’il soit clair que le fait que la nature de l’occupation ait changé ne fera généralement pas obstacle à la revendication d’un titre aborigène, dans la mesure où un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu. La seule restriction à ce principe pourrait être les limites intrinsèques aux utilisations qui peuvent être faites du territoire visé par un titre aborigène, c.-à-d. des utilisations incompatibles avec son usage continu par les générations autochtones futures.

At sovereignty, occupation must have been exclusive

155 Finally, at sovereignty, occupation must have been exclusive. The requirement for exclusivity flows from the definition of aboriginal title itself, because I have defined aboriginal title in terms of the right to exclusive use and occupation of land. Exclusivity, as an aspect of aboriginal title, vests in the aboriginal community which holds the ability to exclude others from the lands held pursuant to that title. The proof of title must, in this respect, mirror the content of the right. Were it possible to prove title without demonstrating exclusive occupation, the result would be absurd, because it would be possible for more than one aboriginal nation to have aboriginal title over the same piece of land, and then for all of them to attempt to assert the right to exclusive use and occupation over it.

156 As with the proof of occupation, proof of exclusivity must rely on both the perspective of the common law and the aboriginal perspective, placing equal weight on each. At common law, a premium is placed on the factual reality of occupation, as encountered by the Europeans. However, as the common law concept of possession must be sensitive to the realities of aboriginal society, so must the concept of exclusivity. Exclusivity is a common law principle derived from the notion of fee simple ownership and should be imported into the concept of aboriginal title with caution. As such, the test required to establish exclusive occupation must take into account the context of the aboriginal society at the time of sovereignty. For example, it is important to note that exclusive occupation can be demonstrated even if other aboriginal groups were present, or frequented the claimed lands. Under those circumstances, exclusivity would be demonstrated by “the intention and capacity to retain exclusive control” (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *supra*, at p. 204). Thus, an act of trespass, if isolated, would not undermine a general finding of exclusivity, if aboriginal groups intended to and attempted to

L’occupation doit avoir été exclusive au moment de l’affirmation de la souveraineté

Enfin, il faut que l’occupation ait été exclusive au moment de l’affirmation de la souveraineté. Cette exigence d’exclusivité découle de la définition même du titre aborigène, que j’ai défini comme étant le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive les terres visées. L’exclusivité, en tant qu’aspect du titre aborigène, appartient à la collectivité autochtone qui possède la capacité d’exclure autrui des terres détenues en vertu de ce titre. La preuve du titre doit, à cet égard, refléter le contenu du droit. S’il était possible de prouver l’existence du titre sans démontrer l’existence d’une occupation exclusive, on parviendrait à un résultat absurde, car il serait alors possible à plus d’une nation autochtone de posséder le titre aborigène à l’égard d’un même territoire, et toutes ces nations pourraient alors tenter de faire valoir le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive ce territoire.

Comme pour la preuve de l’occupation, la preuve de l’exclusivité doit tenir compte tant de la common law que du point de vue des autochtones, et accorder une importance égale aux deux. En common law, l’accent est mis sur la réalité factuelle de l’occupation, telle qu’elle était constatée par les Européens. Cependant, comme le concept de possession en common law doit tenir compte des réalités de la société autochtone, il doit en être de même pour le concept d’exclusivité. L’exclusivité est un principe de common law qui est dérivé de la notion de propriété en fief simple et qui doit être intégré avec précaution au concept de titre aborigène. Par conséquent, le critère requis pour établir l’occupation exclusive doit prendre en compte le contexte de la société autochtone au moment de l’affirmation de la souveraineté. Par exemple, il est important de souligner qu’il est possible de prouver l’exclusivité de l’occupation même si d’autres groupes autochtones étaient présents ou se rendaient souvent sur les terres revendiquées. Dans de tels cas, l’exclusivité serait établie par la preuve de [TRADUCTION] «l’intention et de la capacité de garder le contrôle exclusif [du territoire visé]» (McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, *op.*

enforce their exclusive occupation. Moreover, as Professor McNeil suggests, the presence of other aboriginal groups might actually reinforce a finding of exclusivity. For example, “[w]here others were allowed access upon request, the very fact that permission was asked for and given would be further evidence of the group’s exclusive control” (at p. 204).

A consideration of the aboriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other aboriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the aboriginal group asserting title. For example, the aboriginal group asserting the claim to aboriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, aboriginal laws under which permission may be granted to other aboriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the aboriginal nations in question, those treaties would also form part of the aboriginal perspective.

In their submissions, the appellants pressed the point that requiring proof of exclusive occupation might preclude a finding of joint title, which is shared between two or more aboriginal nations. The possibility of joint title has been recognized by American courts: *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). I would suggest that the requirement of exclusive occupancy and the possibility of joint title could be reconciled by recognizing that joint title could arise from shared exclusivity. The meaning of shared

cit., à la p. 204). Par conséquent, une intrusion isolée ne ferait pas obstacle à une conclusion générale d’exclusivité si le groupe autochtone concerné avait l’intention de faire respecter son occupation exclusive et avait tenté de le faire. Qui plus est, comme l’indique le professeur McNeil, la présence d’autres groupes autochtones pourrait en fait renforcer une conclusion d’exclusivité. Par exemple, [TRADUCTION] «[l]orsque d’autres personnes demandaient l’accès au territoire et étaient autorisées à s’y rendre, le fait même qu’une permission était demandée et accordée constituerait une preuve supplémentaire du contrôle exclusif exercé sur le territoire par le groupe» (à la p. 204).

La prise en considération du point de vue des autochtones peut également amener à conclure qu’une intrusion par d’autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l’occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette occupation exclusive. À titre d’exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d’intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l’occupation exclusive, de sorte que la présence d’intrus n’est pas considérée comme une preuve à l’encontre de l’exclusivité. De plus, l’existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d’autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayeraient la conclusion d’occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l’objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des autochtones.

Dans leurs observations, les appelants ont insisté sur le fait que l’obligation de prouver l’occupation exclusive pourrait empêcher de conclure à l’existence d’un titre conjoint partagé par deux ou plusieurs nations autochtones. La possibilité de l’existence d’un titre conjoint a été reconnue par les tribunaux américains: *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941). Je suis d’avis qu’il est possible de concilier l’exigence d’occupation exclusive et l’existence possible d’un titre conjoint en reconnaissant qu’un titre conjoint

157

158

exclusivity is well-known to the common law. Exclusive possession is the right to exclude others. Shared exclusive possession is the right to exclude others except those with whom possession is shared. There clearly may be cases in which two aboriginal nations lived on a particular piece of land and recognized each other's entitlement to that land but nobody else's. However, since no claim to joint title has been asserted here, I leave it to another day to work out all the complexities and implications of joint title, as well as any limits that another band's title may have on the way in which one band uses its title lands.

159

I should also reiterate that if aboriginals can show that they occupied a particular piece of land, but did not do so exclusively, it will always be possible to establish aboriginal rights short of title. These rights will likely be intimately tied to the land and may permit a number of possible uses. However, unlike title, they are not a right to the land itself. Rather, as I have suggested, they are a right to do certain things in connection with that land. If, for example, it were established that the lands near those subject to a title claim were used for hunting by a number of bands, those shared lands would not be subject to a claim for aboriginal title, as they lack the crucial element of exclusivity. However, they may be subject to site-specific aboriginal rights by all of the bands who used it. This does not entitle anyone to the land itself, but it may entitle all of the bands who hunted on the land to hunting rights. Hence, in addition to shared title, it will be possible to have shared, non-exclusive, site-specific rights. In my opinion, this accords with the general principle that the common law should develop to recognize aboriginal rights (and title, when necessary) as they were recognized by either *de facto* practice or by the aboriginal system of governance. It also allows sufficient

peut découler d'une exclusivité partagée. Le sens de la notion d'exclusivité partagée est bien connue en common law. La possession exclusive est le droit d'exclure autrui. La possession exclusive partagée donne le droit d'exclure autrui, à l'exception des personnes avec qui la possession est partagée. Manifestement, il est possible que deux nations autochtones aient vécu sur un territoire particulier, et que chacune ait reconnu les droits de l'autre sur ce territoire, mais pas ceux de personne d'autre. Comme aucun titre conjoint n'a été revendiqué en l'espèce, je laisse à une autre occasion l'examen de toutes les difficultés et implications de la notion de titre conjoint, de même que les limites que le titre d'une autre bande pourrait imposer sur la façon dont une bande donnée utilise les terres sur lesquelles elle a un titre.

Je dois aussi rappeler que si des autochtones peuvent montrer qu'ils ont occupé un territoire particulier, mais que cette occupation n'était pas exclusive, il sera toujours possible d'établir l'existence de droits ancestraux ne constituant pas un titre. Il est vraisemblable que ces droits seront intimement liés au territoire, et qu'ils pourraient permettre de nombreuses utilisations. Cependant, contrairement au titre, ils ne constituent pas un droit au territoire lui-même, mais plutôt, comme je l'ai suggéré, il s'agit de droits permettant de faire certaines choses liées à ce territoire. Si, par exemple, il était établi que les terres situées à proximité de celles visées par la revendication d'un titre étaient utilisées pour la chasse par certaines bandes, ces terres partagées ne seraient pas l'objet d'un titre aborigène, car l'élément essentiel d'exclusivité serait absent. Cependant, toutes les bandes qui les ont utilisées pourraient avoir sur ces terres des droits ancestraux spécifiques à un site. Ce fait ne confère à personne le droit aux terres elles-mêmes, mais il pourrait avoir pour effet d'accorder des droits de chasse à toutes les bandes qui chassaient sur ces terres. Par conséquent, en plus d'un titre partagé, il sera possible d'avoir des droits partagés non exclusifs et spécifiques à certains sites. À mon avis, cette situation est conforme au principe général voulant que la common law doive évoluer pour reconnaître les droits ancestraux (et au besoin les titres aborigènes) qui étaient reconnus soit par une

flexibility to deal with this highly complex and rapidly evolving area of the law.

(f) *Infringements of Aboriginal Title: the Test of Justification*

(i) Introduction

The aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1), including aboriginal title, are not absolute. Those rights may be infringed, both by the federal (e.g., *Sparrow*) and provincial (e.g., *Côté*) governments. However, s. 35(1) requires that those infringements satisfy the test of justification. In this section, I will review the Court's nascent jurisprudence on justification and explain how that test will apply in the context of infringements of aboriginal title.

(ii) General Principles

The test of justification has two parts, which I shall consider in turn. First, the infringement of the aboriginal right must be in furtherance of a legislative objective that is compelling and substantial. I explained in *Gladstone* that compelling and substantial objectives were those which were directed at either one of the purposes underlying the recognition and affirmation of aboriginal rights by s. 35(1), which are (at para. 72):

... the recognition of the prior occupation of North America by aboriginal peoples or ... the reconciliation of aboriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown.

I noted that the latter purpose will often "be most relevant" (at para. 72) at the stage of justification. I think it important to repeat why (at para. 73) that is so:

Because ... distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community, over which the Crown is sovereign, there are circumstances in which, in order to pursue objectives of compelling and substantial importance to that community as a whole (taking into account the fact

pratique *de facto*, soit par un régime de gestion autochtone. Cette approche accorde également toute la souplesse nécessaire à l'examen de ce domaine très complexe du droit qui évolue rapidement.

f) *Les atteintes au titre aborigène: le critère de justification*

(i) Introduction

Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1), y compris le titre aborigène, ne sont pas absolus. Tant le gouvernement fédéral (p. ex. *Sparrow*) que les gouvernements provinciaux (p. ex. *Côté*) peuvent porter atteinte à ces droits. Toutefois, le par. 35(1) exige que ces atteintes satisfassent au critère de justification. Dans la présente section, je vais examiner la jurisprudence naissante de la Cour sur la justification et expliquer comment ce critère s'appliquera dans le contexte des atteintes au titre aborigène.

(ii) Principes généraux

Le critère de justification comporte deux volets que je vais examiner à tour de rôle. Premièrement, l'atteinte au droit ancestral visé doit se rapporter à la poursuite d'un objectif législatif impérieux et réel. Dans *Gladstone*, j'ai expliqué qu'un objectif impérieux et réel était un objectif visant l'un ou l'autre des objets qui sous-tendent la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux par le par. 35(1). Ces objets sont les suivants (au par. 72):

... soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit [...] la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire.

J'ai souligné que le deuxième objet sera souvent «plus pertinent» (au par. 72) à l'étape de la justification. J'estime important de répéter pourquoi il en est ainsi (au par. 73):

[C]omme les sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie et sur laquelle s'exerce la souveraineté de Sa Majesté, il existe des circonstances où, dans la poursuite d'objectifs importants ayant un caractère impérieux et réel pour

160

161

that aboriginal societies are a part of that community), some limitation of those rights will be justifiable. Aboriginal rights are a necessary part of the reconciliation of aboriginal societies with the broader political community of which they are part; limits placed on those rights are, where the objectives furthered by those limits are of sufficient importance to the broader community as a whole, equally a necessary part of that reconciliation. [Emphasis added; “equally” emphasized in original.]

The conservation of fisheries, which was accepted as a compelling and substantial objective in *Sparrow*, furthers both of these purposes, because it simultaneously recognizes that fishing is integral to many aboriginal cultures, and also seeks to reconcile aboriginal societies with the broader community by ensuring that there are fish enough for all. But legitimate government objectives also include “the pursuit of economic and regional fairness” and “the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups” (para. 75). By contrast, measures enacted for relatively unimportant reasons, such as sports fishing without a significant economic component (*Adams, supra*) would fail this aspect of the test of justification.

162

The second part of the test of justification requires an assessment of whether the infringement is consistent with the special fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples. What has become clear is that the requirements of the fiduciary duty are a function of the “legal and factual context” of each appeal (*Gladstone, supra*, at para. 56). *Sparrow* and *Gladstone*, for example, interpreted and applied the fiduciary duty in terms of the idea of priority. The theory underlying that principle is that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples demands that aboriginal interests be placed first. However, the fiduciary duty does not demand that aboriginal rights always be given

l'ensemble de la communauté (compte tenu du fait que les sociétés autochtones font partie de celle-ci), certaines restrictions de ces droits sont justifiables. Les droits ancestraux sont un élément nécessaire de la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent. Les limites imposées à ces droits sont également un élément nécessaire de cette conciliation, si les objectifs qu'elles visent sont suffisamment importants pour la communauté dans son ensemble. [Je souligne; «également» souligné dans l'original.]

La conservation des ressources halieutiques, qui a été acceptée comme un objectif impérieux et réel dans *Sparrow*, est un objectif qui vise la poursuite de ces deux objets parce que, d'une part, il reconnaît que la pêche fait partie intégrante de nombreuses cultures autochtones et, d'autre part, parce qu'il tend également à concilier l'existence des sociétés autochtones avec la communauté plus large en veillant à ce qu'il y ait assez de poissons pour tous. Cependant, sont également des objectifs légitimes du gouvernement «la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional» et «la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation» (par. 75). À l'opposé, des mesures édictées pour des raisons relativement peu importantes, telles des activités de pêche sportive ne comportant aucun élément économique important (*Adams, précité*), ne satisferaient pas à ce volet du critère de justification.

Le deuxième volet du critère de justification commande une appréciation de la question de savoir si l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. Il est devenu clair que les exigences de l'obligation de fiduciaire sont fonction du «contexte juridique et factuel» de chaque appel (*Gladstone, précité*, au par. 56). Dans les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, la Cour a interprété et appliqué l'obligation de fiduciaire en fonction de l'idée de priorité. Selon la théorie qui sous-tend ce principe, les rapports de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones commandent que les intérêts des autochtones aient préséance. Toutefois, l'obligation de fiduciaire n'exige pas qu'on accorde toujours la priorité aux droits ancestraux. Comme il a

priority. As was said in *Sparrow, supra*, at pp. 1114-15:

The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. [Emphasis added.]

Other contexts permit, and may even require, that the fiduciary duty be articulated in other ways (at p. 1119):

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented.

Sparrow did not explain when the different articulations of the fiduciary duty should be used. Below, I suggest that the choice between them will in large part be a function of the nature of the aboriginal right at issue.

In addition to variation in the form which the fiduciary duty takes, there will also be variation in degree of scrutiny required by the fiduciary duty of the infringing measure or action. The degree of scrutiny is a function of the nature of the aboriginal right at issue. The distinction between *Sparrow* and *Gladstone*, for example, turned on whether the right amounted to the exclusive use of a resource, which in turn was a function of whether the right had an internal limit. In *Sparrow*, the right was internally limited, because it was a right to fish for food, ceremonial and social purposes, and as a result would only amount to an exclusive right to use the fishery in exceptional circumstances. Accordingly, the requirement of priority was applied strictly to mean that (at p. 1116) “any allocation of priorities after valid conservation

été dit dans *Sparrow*, précité, aux pp. 1114 et 1115:

La nature de la protection constitutionnelle qu’offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l’existence d’un lien entre la question de la justification et l’établissement de priorités dans le domaine de la pêche. [Je souligne.]

D’autres contextes permettent, et peuvent même exiger, que l’obligation de fiduciaire soit formulée autrement (à la p. 1119):

Il y a, dans l’analyse de la justification, d’autres questions à aborder, selon les circonstances de l’enquête. Il s’agit notamment des questions de savoir si, en tentant d’obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d’expropriation et si le groupe d’autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre.

Dans *Sparrow*, la Cour n’a pas expliqué dans quels cas les différentes formulations de l’obligation de fiduciaire devraient être utilisées. Plus loin, j’indique que le choix de la formulation dépendra en grande partie de la nature du droit ancestral en cause.

Outre la variation de l’obligation de fiduciaire du point de vue de la forme, il y a aussi variation du degré d’examen — requis par cette obligation — de la mesure ou de l’acte qui porte atteinte au droit. Le degré d’examen est fonction de la nature du droit ancestral en cause. La distinction entre les arrêts *Sparrow* et *Gladstone*, par exemple, dépendait de la question de savoir si le droit en cause correspondait à l’utilisation exclusive d’une ressource, question qui dépendait à son tour de la réponse à la question de savoir si le droit était assorti d’une limite intrinsèque. Dans *Sparrow*, le droit en cause était assujéti à une telle limite parce qu’il s’agissait du droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles, droit qui, de ce fait, ne constituerait un droit exclusif à l’utilisation de la ressource que dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, l’obligation d’accorder la priorité a été appliquée strictement, de sorte que (à la p. 1116), «dans l’établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conserva-

measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing”.

tion valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance».

164

In *Gladstone*, by contrast, the right to sell fish commercially was only limited by supply and demand. Had the test for justification been applied in a strict form in *Gladstone*, the aboriginal right would have amounted to an exclusive right to exploit the fishery on a commercial basis. This was not the intention of *Sparrow*, and I accordingly modified the test for justification, by altering the idea of priority in the following way (at para. 62):

Dans *Gladstone*, par contre, le droit de vendre commercialement du poisson était uniquement limité par l’offre et la demande. Si le critère de justification avait été appliqué strictement dans cet arrêt, le droit ancestral aurait correspondu au droit exclusif d’exploiter la ressource sur une base commerciale. L’arrêt *Sparrow* ne visait pas ce résultat, et j’ai modifié le critère de justification en conséquence, en modifiant l’idée de priorité de la manière suivante (au par. 62):

... the doctrine of priority requires that the government demonstrate that, in allocating the resource, it has taken account of the existence of aboriginal rights and allocated the resource in a manner respectful of the fact that those rights have priority over the exploitation of the fishery by other users. This right is at once both procedural and substantive; at the stage of justification the government must demonstrate both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest of aboriginal rights holders in the fishery.

... cette doctrine [relative à l’ordre de priorité] commande que l’État démontre que, dans la répartition de la ressource, il a tenu compte de l’existence des droits ancestraux et réparti la ressource d’une manière qui respecte le fait que les titulaires de ces droits ont, en matière d’exploitation de la pêche, priorité sur les autres usagers. Il s’agit d’un droit à la fois substantiel et procédural. À l’étape de la justification, l’État doit démontrer que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l’intérêt prioritaire des titulaires des droits ancestraux à l’égard de cette pêche.

After *Gladstone*, in the context of commercial activity, the priority of aboriginal rights is constitutionally satisfied if the government had taken those rights into account and has allocated a resource “in a manner respectful” (at para. 62) of that priority. A court must be satisfied that “the government has taken into account the existence and importance of [aboriginal] rights” (at para. 63) which it determines by asking the following questions (at para. 64):

Depuis *Gladstone*, en matière d’activités commerciales, la priorité des droits ancestraux est respectée sur le plan constitutionnel si le gouvernement a tenu compte de l’existence de ces droits et a réparti la ressource «d’une manière qui respecte» (au par. 62) cette priorité. Le tribunal doit être convaincu que «l’État a tenu compte de l’existence et de l’importance [des droits ancestraux]» (au par. 63), fait qu’il détermine en se posant les questions suivantes (au par. 64):

Questions relevant to the determination of whether the government has granted priority to aboriginal rights holders are ... questions such as whether the government has accommodated the exercise of the aboriginal right to participate in the fishery (through reduced licence fees, for example), whether the government’s objectives in enacting a particular regulatory scheme reflect the need to take into account the priority of aboriginal rights holders, the extent of the participation in the fishery of aboriginal rights holders relative to their percentage of the population, how the government has accommodated different aboriginal rights in a particular fishery (food *versus* commercial rights, for example), how important the fishery is to the economic and

Les questions pertinentes pour déterminer si l’État a donné la priorité aux titulaires de droits ancestraux sont [des] questions [...] telles que celle de savoir si l’État a facilité l’exercice du droit ancestral de participer à la pêche (en réduisant les droits payables pour les permis, par exemple), si les objectifs que poursuit l’État en établissant un régime de réglementation donné reflètent la nécessité de tenir compte du droit de priorité des titulaires de droits ancestraux, la mesure dans laquelle la participation à la pêche par les titulaires de droits ancestraux correspond au pourcentage que représente leur population par rapport à la population totale, la manière dont l’État a concilié les différents droits ancestraux visant une pêche donnée (par exemple le droit de pêcher

material well-being of the band in question, and the criteria taken into account by the government in, for example, allocating commercial licences amongst different users.

(iii) Justification and Aboriginal Title

The general principles governing justification laid down in *Sparrow*, and embellished by *Gladstone*, operate with respect to infringements of aboriginal title. In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of aboriginal title is fairly broad. Most of these objectives can be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by aboriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that “distinctive aboriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community” (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydroelectric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of aboriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis.

The manner in which the fiduciary duty operates with respect to the second stage of the justification test — both with respect to the standard of scrutiny and the particular form that the fiduciary duty will take — will be a function of the nature of aboriginal title. Three aspects of aboriginal title are relevant here. First, aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of land; second, aboriginal title encompasses the right to choose to what uses land can be put, subject to the

à des fins alimentaires par opposition à celui de pêcher à des fins commerciales), l'importance de la pêche pour le bien-être économique et matériel de la bande en question, ainsi que les critères appliqués par l'État, par exemple, dans la répartition des permis de pêche commerciale entre les divers usagers.

(iii) Justification et titre aborigène

Les principes généraux régissant la justification, qui ont été exposés dans *Sparrow* et précisés dans *Gladstone*, s'appliquent à l'égard des atteintes au titre aborigène. Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés à la conciliation de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les «sociétés autochtones distinctives existent au sein d'une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie» (au par. 73). À mon avis, l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l'un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas.

La façon dont l'obligation de fiduciaire s'applique relativement à la deuxième étape du critère de justification — du point de vue tant de la norme d'examen que de la forme particulière que prendra l'obligation de fiduciaire — est fonction de la nature du titre aborigène. Trois aspects du titre aborigène sont pertinents en l'espèce. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres visées; deuxièmement, le titre aborigène comprend le droit

165

166

ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of aboriginal peoples; and third, that lands held pursuant to aboriginal title have an inescapable economic component.

de choisir les utilisations qui peuvent être faites de ces terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures de peuples autochtones; troisièmement, les terres détenues en vertu d'un titre aborigène ont une composante économique inéluctable.

167 The exclusive nature of aboriginal title is relevant to the degree of scrutiny of the infringing measure or action. For example, if the Crown's fiduciary duty requires that aboriginal title be given priority, then it is the altered approach to priority that I laid down in *Gladstone* which should apply. What is required is that the government demonstrate (at para. 62) "both that the process by which it allocated the resource and the actual allocation of the resource which results from that process reflect the prior interest" of the holders of aboriginal title in the land. By analogy with *Gladstone*, this might entail, for example, that governments accommodate the participation of aboriginal peoples in the development of the resources of British Columbia, that the conferral of fee simples for agriculture, and of leases and licences for forestry and mining reflect the prior occupation of aboriginal title lands, that economic barriers to aboriginal uses of their lands (e.g., licensing fees) be somewhat reduced. This list is illustrative and not exhaustive. This is an issue that may involve an assessment of the various interests at stake in the resources in question. No doubt, there will be difficulties in determining the precise value of the aboriginal interest in the land and any grants, leases or licences given for its exploitation. These difficult economic considerations obviously cannot be solved here.

La nature exclusive du titre aborigène est pertinente pour ce qui est du degré d'examen auquel est soumis la mesure ou l'acte qui porte atteinte au titre. Par exemple, si l'obligation de fiduciaire de la Couronne exige de donner préséance au titre aborigène, alors c'est l'approche modifiée concernant l'ordre de priorité que j'ai exposée dans *Gladstone* qui devrait être appliquée. Il faut que le gouvernement démontre «que les modalités de répartition de la ressource ainsi que la répartition elle-même reflètent l'intérêt prioritaire» (au par. 62) des détenteurs du titre aborigène sur les terres visées. Par analogie avec l'arrêt *Gladstone*, cela pourrait vouloir dire, par exemple, que les gouvernements prennent en compte la participation des peuples autochtones à la mise en valeur des ressources de la Colombie-Britannique, que la concession de fiefs simples pour l'agriculture ainsi que de baux et permis à des fins d'exploitation forestière ou minière tiennent compte de l'occupation antérieure des terres visées par un titre aborigène, que les obstacles économiques à l'utilisation par les autochtones de leurs terres (p. ex. le paiement de droits pour l'obtention de permis) soient sensiblement réduits. Cette liste n'est pas complète et n'est donnée qu'à titre indicatif. Il s'agit d'une question qui pourrait obliger à soupeser les divers intérêts concernés par les ressources en cause. Il ne fait aucun doute qu'il sera difficile de déterminer la valeur exacte de l'intérêt des autochtones dans le territoire et des concessions, baux ou permis accordés en vue de l'exploitation de celui-ci. Il va de soi que ces difficiles questions d'ordre économique ne peuvent être tranchées en l'espèce.

168 Moreover, the other aspects of aboriginal title suggest that the fiduciary duty may be articulated in a manner different than the idea of priority. This point becomes clear from a comparison between aboriginal title and the aboriginal right to fish for

En outre, les autres aspects du titre aborigène tendent à indiquer que l'obligation de fiduciaire peut se manifester autrement que par l'idée de priorité. Ce point devient clair quand on compare le titre aborigène et le droit ancestral de pêcher à

food in *Sparrow*. First, aboriginal title encompasses within it a right to choose to what ends a piece of land can be put. The aboriginal right to fish for food, by contrast, does not contain within it the same discretionary component. This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*. The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

Second, aboriginal title, unlike the aboriginal right to fish for food, has an inescapably economic aspect, particularly when one takes into account the modern uses to which lands held pursuant to aboriginal title can be put. The economic aspect of aboriginal title suggests that compensation is relevant to the question of justification as well, a possibility suggested in *Sparrow* and which I repeated in *Gladstone*. Indeed, compensation for breaches

des fins alimentaires qui était visé dans *Sparrow*. Premièrement, le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire. À l'opposé, le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires ne comporte pas le même élément discrétionnaire. Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en common law: *Guerin*. La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

Deuxièmement, contrairement au droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, le titre aborigène a inévitablement une dimension économique, particulièrement quand on tient compte des utilisations qui peuvent être faites aujourd'hui des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. La dimension économique du titre aborigène montre que l'indemnisation est également un facteur pertinent à l'égard de la question de la justification, possibilité

of fiduciary duty are a well-established part of the landscape of aboriginal rights: *Guerin*. In keeping with the duty of honour and good faith on the Crown, fair compensation will ordinarily be required when aboriginal title is infringed. The amount of compensation payable will vary with the nature of the particular aboriginal title affected and with the nature and severity of the infringement and the extent to which aboriginal interests were accommodated. Since the issue of damages was severed from the principal action, we received no submissions on the appropriate legal principles that would be relevant to determining the appropriate level of compensation of infringements of aboriginal title. In the circumstances, it is best that we leave those difficult questions to another day.

D. *Has a claim to self-government been made out by the appellants?*

évoquée dans l'arrêt *Sparrow* et que j'ai répétée dans *Gladstone*. De fait, l'indemnisation des manquements à l'obligation de fiduciaire est un aspect bien établi du domaine des droits ancestraux: *Guerin*. Conformément à l'obligation de la Couronne d'agir de bonne foi et honorablement, il sera généralement nécessaire de verser une juste indemnité en cas d'atteinte à un titre aborigène. Le montant de l'indemnité payable variera en fonction de la nature du titre aborigène touché, de la nature et de la gravité de l'atteinte et de la mesure dans laquelle les intérêts des autochtones ont été pris en compte. Comme la question des dommages-intérêts a été dissociée de l'action principale, aucune observation ne nous a été présentée relativement aux principes juridiques appropriés qui seraient pertinents pour déterminer l'indemnité qui devrait être versée pour les atteintes au titre aborigène. Dans les circonstances, il est préférable que nous attendions une autre occasion pour examiner ces questions complexes.

D. *Les appelants ont-ils établi le bien-fondé de leur revendication de l'autonomie gouvernementale?*

170

In the courts below, considerable attention was given to the question of whether s. 35(1) can protect a right to self-government, and if so, what the contours of that right are. The errors of fact made by the trial judge, and the resultant need for a new trial, make it impossible for this Court to determine whether the claim to self-government has been made out. Moreover, this is not the right case for the Court to lay down the legal principles to guide future litigation. The parties seem to have acknowledged this point, perhaps implicitly, by giving the arguments on self-government much less weight on appeal. One source of the decreased emphasis on the right to self-government on appeal is this Court's judgment *Pamajewon*. There, I held that rights to self-government, if they existed, cannot be framed in excessively general terms. The appellants did not have the benefit of my judgment at trial. Unsurprisingly, as counsel for the Wet'suwet'en specifically concedes, the appellants advanced the right to self-government in very

Devant les juridictions inférieures, on s'est longuement attardé à la question de savoir si le par. 35(1) peut protéger le droit à l'autonomie gouvernementale et, dans l'affirmative, quels sont les contours de ce droit. En raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi. De plus, il ne s'agit pas d'un cas qui se prête à la formulation par la Cour des principes juridiques devant guider l'instruction d'autres affaires. Les parties semblent avoir reconnu ce point, peut-être implicitement, en accordant beaucoup moins d'importance en appel aux arguments relatifs à l'autonomie gouvernementale. L'arrêt *Pamajewon* de notre Cour est une raison pour laquelle une moins grande importance a été attachée au droit à l'autonomie gouvernementale en appel. Dans cet arrêt, j'ai conclu que les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, s'ils existent, ne peuvent pas être exprimés en termes excessivement généraux. Au moment du procès,

broad terms, and therefore in a manner not cognizable under s. 35(1).

The broad nature of the claim at trial also led to a failure by the parties to address many of the difficult conceptual issues which surround the recognition of aboriginal self-government. The degree of complexity involved can be gleaned from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, which devotes 277 pages to the issue. That report describes different models of self-government, each differing with respect to their conception of territory, citizenship, jurisdiction, internal government organization, etc. We received little in the way of submissions that would help us to grapple with these difficult and central issues. Without assistance from the parties, it would be imprudent for the Court to step into the breach. In these circumstances, the issue of self-government will fall to be determined at trial.

E. Did the province have the power to extinguish aboriginal rights after 1871, either under its own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act?

(1) Introduction

For aboriginal rights to be recognized and affirmed by s. 35(1), they must have existed in 1982. Rights which were extinguished by the sovereign before that time are not revived by the provision. In a federal system such as Canada's, the need to determine whether aboriginal rights have been extinguished raises the question of which level of government has jurisdiction to do so. In the context of this appeal, that general question becomes three specific ones. First, there is the question whether the province of British Columbia, from the time it joined Confederation in 1871, until the entrenchment of s. 35(1) in 1982, had the

les appelants n'avaient évidemment pas pris connaissance de mon jugement dans cet arrêt rendu ultérieurement. Il n'est donc pas étonnant, comme l'admet explicitement l'avocat des Wet'suwet'en, que les appelants aient plaidé le droit à l'autonomie gouvernementale en termes très généraux et, par conséquent, d'une manière incompatible avec le par. 35(1).

Le caractère général de la revendication présentée au procès a également fait en sorte que les parties n'ont pas abordé bon nombre des difficiles questions conceptuelles que soulève la reconnaissance de l'autonomie gouvernementale des autochtones. Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, qui consacre 304 pages à cette question, donne une bonne idée de sa complexité. Ce rapport présente divers modèles d'autonomie gouvernementale, tous différents les uns des autres, notamment en ce qui concerne le territoire, la citoyenneté, la compétence et l'organisation gouvernementale interne. On nous a présenté peu d'observations propres à nous aider à résoudre ces questions fondamentales et difficiles. Sans l'aide des parties, il serait imprudent pour la Cour de s'avancer sur ce terrain. Dans ces circonstances, la question de l'autonomie gouvernementale sera tranchée au procès.

E. La province avait-elle, après 1871, le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens?

(1) Introduction

Pour qu'un droit ancestral soit reconnu et confirmé par le par. 35(1), il devait exister en 1982. Cette disposition ne fait pas revivre des droits qui avaient été éteints par le souverain avant cette date. Dans un régime fédéral comme celui qui existe au Canada, la nécessité de déterminer si des droits ancestraux ont été éteints oblige à se demander lequel des niveaux de gouvernement a compétence pour le faire. Dans le contexte du présent pourvoi, cette question générale se subdivise en trois questions particulières. Premièrement, il y a la question de savoir si la province de la Colombie-Britannique, depuis son entrée dans la fédération

jurisdiction to extinguish the rights of aboriginal peoples, including aboriginal title, in that province. Second, if the province was without such jurisdiction, another question arises — whether provincial laws which were not in pith and substance aimed at the extinguishment of aboriginal rights could have done so nevertheless if they were laws of general application. The third and final question is whether a provincial law, which could otherwise not extinguish aboriginal rights, be given that effect through referential incorporation by s. 88 of the *Indian Act*.

(2) Primary Jurisdiction

173 Since 1871, the exclusive power to legislate in relation to “Indians, and Lands reserved for the Indians” has been vested with the federal government by virtue of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. That head of jurisdiction, in my opinion, encompasses within it the exclusive power to extinguish aboriginal rights, including aboriginal title.

“Lands reserved for the Indians”

174 I consider the second part of this provision first, which confers jurisdiction to the federal government over “Lands reserved for the Indians”. The debate between the parties centred on whether that part of s. 91(24) confers jurisdiction to legislate with respect to aboriginal title. The province’s principal submission is that “Lands reserved for the Indians” are lands which have been specifically set aside or designated for Indian occupation, such as reserves. However, I must reject that submission, because it flies in the face of the judgment of the Privy Council in *St. Catherine’s Milling*. One of the issues in that appeal was the federal jurisdiction to accept the surrender of lands held pursuant to aboriginal title. It was argued that the federal government, at most, had jurisdiction over “Indian Reserves”. Lord Watson, speaking for the Privy Council, rejected this argument, stating that had the intention been to restrict s. 91(24) in this way,

en 1871 jusqu’à la constitutionnalisation du par. 35(1) en 1982, avait compétence pour éteindre, dans la province, les droits des peuples autochtones, y compris le titre aborigène. Deuxièmement, si elle n’avait pas compétence pour le faire, il faut alors se demander si les lois provinciales qui ne visaient pas, de par leur essence même, à éteindre des droits ancestraux ont quand même pu le faire si elles étaient des lois d’application générale. La troisième et dernière question consiste à décider si une loi provinciale qui ne pourrait par ailleurs pas éteindre des droits ancestraux pourrait se voir reconnaître cet effet par incorporation par renvoi en application de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

(2) Compétence principale

Depuis 1871, le pouvoir exclusif de légiférer sur «les Indiens et les terres réservées aux Indiens» appartient au gouvernement fédéral en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce chef de compétence comprend, selon moi, le pouvoir exclusif d’éteindre les droits ancestraux, y compris le titre aborigène.

«Les terres réservées aux Indiens»

Je vais d’abord examiner la deuxième partie de cette disposition, c’est-à-dire celle qui attribue au gouvernement fédéral compétence sur les «terres réservées aux Indiens». Le débat entre les parties a porté sur la question de savoir si cette partie du par. 91(24) confère le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Le principal argument invoqué par la province est que les «terres réservées aux Indiens» sont des terres qui ont été expressément mises de côté ou désignées pour être occupées par les Indiens, par exemple les réserves. Je dois toutefois rejeter cet argument parce qu’il va à l’encontre du jugement rendu par le Conseil privé dans l’affaire *St. Catherine’s Milling*. L’une des questions en litige dans ce pourvoi concernait le pouvoir du gouvernement fédéral d’accepter la cession de terres détenues en vertu d’un titre aborigène. On prétendait que le gouvernement fédéral avait tout au plus compétence sur les «réserves

specific language to this effect would have been used. He accordingly held that (at p. 59):

... the words actually used are, according to their natural meaning, sufficient to include all lands reserved, upon any terms or conditions, for Indian occupation.

Lord Watson's reference to "all lands" encompasses not only reserve lands, but lands held pursuant to aboriginal title as well. Section 91(24), in other words, carries with it the jurisdiction to legislate in relation to aboriginal title. It follows, by implication, that it also confers the jurisdiction to extinguish that title.

The province responds by pointing to the fact that underlying title to lands held pursuant to aboriginal title vested with the provincial Crown pursuant to s. 109 of the *Constitution Act, 1867*. In its submission, this right of ownership carried with it the right to grant fee simples which, by implication, extinguish aboriginal title, and so by negative implication excludes aboriginal title from the scope of s. 91(24). The difficulty with the province's submission is that it fails to take account of the language of s. 109, which states in part that:

109. All Lands, Mines, Minerals, and Royalties belonging to the several Provinces of Canada... at the Union... shall belong to the several Provinces... subject to any Trusts existing in respect thereof, and to any Interest other than that of the Province in the same.

Although that provision vests underlying title in provincial Crowns, it qualifies provincial ownership by making it subject to the "any Interest other than that of the Province in the same". In *St. Catherine's Milling*, the Privy Council held that aboriginal title was such an interest, and rejected the argument that provincial ownership operated as a limit on federal jurisdiction. The net effect of that decision, therefore, was to separate the ownership of lands held pursuant to aboriginal title from jurisdiction over those lands. Thus, although on surrender of aboriginal title the province would

indiennes». S'exprimant au nom du Conseil privé, Lord Watson a rejeté cet argument, déclarant que si le législateur avait voulu limiter le par. 91(24) de cette façon, il l'aurait dit en termes exprès. Lord Watson a donc statué ainsi (à la p. 59):

[TRADUCTION]... les mots employés dans les faits sont, d'après leur sens naturel, suffisants pour englober toutes les terres qui sont réservées, à quelque condition que ce soit, pour être occupées par les Indiens.

L'expression «toutes les terres» utilisée par lord Watson englobe non seulement les terres des réserves, mais aussi celles détenues en vertu d'un titre aborigène. En d'autres termes, le par. 91(24) accorde le pouvoir de légiférer relativement au titre aborigène. Il s'ensuit, par implication, qu'il accorde également le pouvoir d'éteindre ce titre.

La province a répondu en faisant remarquer que le titre sous-jacent sur les terres détenues en vertu d'un titre aborigène a été attribué à la Couronne provinciale par l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon la province, ce droit de propriété emportait le droit d'accorder des fiefs simples éteignant par implication le titre aborigène, et il a donc pour conséquence d'exclure le titre aborigène de la portée du par. 91(24). Le problème que pose cet argument de la province est qu'il ne tient pas compte du texte de l'art. 109, qui dit en partie ce qui suit:

109. Les terres, mines, minéraux et redevances appartenant aux différentes provinces du Canada [...] lors de l'Union [...] appartiendront aux différentes provinces [...] sous réserve des fiducies existantes et de tout intérêt autre que celui de la province à cet égard.

Même si cette disposition accorde aux couronnes provinciales le titre sous-jacent, elle limite ce droit de propriété provincial en le subordonnant à «tout intérêt autre que celui de la province à cet égard». Dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, le Conseil privé a statué que le titre aborigène constituait un tel intérêt et a rejeté l'argument selon lequel le droit de propriété des provinces avait pour effet de limiter la compétence du gouvernement fédéral. Concrètement, cet arrêt a donc eu pour effet de dissocier le droit de propriété relatif aux terres détenues en vertu d'un titre aborigène de la compé-

take absolute title, jurisdiction to accept surrenders lies with the federal government. The same can be said of extinguishment — although on extinguishment of aboriginal title, the province would take complete title to the land, the jurisdiction to extinguish lies with the federal government.

tence exercée à l'égard de ces terres. Par conséquent, même si la province obtient un titre absolu en cas de cession d'un titre aborigène, le pouvoir d'accepter les cessions appartient au gouvernement fédéral. La même affirmation peut être faite au sujet de l'extinction: même si la province obtient un titre absolu sur les terres visées au moment de l'extinction d'un titre aborigène, le pouvoir d'éteindre ce titre appartient au gouvernement fédéral.

176

I conclude with two remarks. First, even if the point were not settled, I would have come to the same conclusion. The judges in the court below noted that separating federal jurisdiction over Indians from jurisdiction over their lands would have a most unfortunate result — the government vested with primary constitutional responsibility for securing the welfare of Canada's aboriginal peoples would find itself unable to safeguard one of the most central of native interests — their interest in their lands. Second, although the submissions of the parties and my analysis have focussed on the question of jurisdiction over aboriginal title, in my opinion, the same reasoning applies to jurisdiction over any aboriginal right which relates to land. As I explained earlier, *Adams* clearly establishes that aboriginal rights may be tied to land but nevertheless fall short of title. Those relationships with the land, however, may be equally fundamental to aboriginal peoples and, for the same reason that jurisdiction over aboriginal title must vest with the federal government, so too must the power to legislate in relation to other aboriginal rights in relation to land.

Je termine par deux remarques. Premièrement, même si ce point n'avait pas été tranché, je serais parvenu à la même conclusion. Les juges de la juridiction inférieure ont souligné que le fait de dissocier la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et sa compétence à l'égard des terres indiennes produirait un résultat très regrettable: en effet, comme le gouvernement fédéral est investi par la Constitution de la responsabilité principale de garantir le bien-être des peuples autochtones du Canada, il se verrait dans l'impossibilité de protéger l'un des droits les plus fondamentaux des autochtones — savoir leur droit à leurs terres. Deuxièmement, même si les observations des parties et mon analyse étaient axés sur la question de la compétence à l'égard du titre aborigène, je suis d'avis que le même raisonnement s'applique à la compétence à l'égard de tout droit ancestral se rapportant à des terres. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'arrêt *Adams* a clairement établi que des droits ancestraux peuvent être rattachés à un territoire sans constituer un titre. Cependant, ces divers rapports avec un territoire peuvent être tout aussi fondamentaux pour les peuples autochtones et, pour la même raison il doit être investi de la compétence à l'égard du titre aborigène, le gouvernement fédéral doit être investi du pouvoir de légiférer sur les autres droits ancestraux se rapportant au territoire.

“Indians”

«Les Indiens»

177

The extent of federal jurisdiction over Indians has not been definitively addressed by this Court. We have not needed to do so because the *vires* of federal legislation with respect to Indians, under the division of powers, has never been at issue. The cases which have come before the Court under

Notre Cour ne s'est pas prononcée définitivement sur l'étendue de la compétence du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens. Elle n'a pas eu besoin de le faire parce que la validité des dispositions fédérales concernant les Indiens, dans le contexte du partage des pouvoirs, n'a jamais été en

s. 91(24) have implicated the question of jurisdiction over Indians from the other direction — whether provincial laws which on their face apply to Indians intrude on federal jurisdiction and are inapplicable to Indians to the extent of that intrusion. As I explain below, the Court has held that s. 91(24) protects a “core” of Indianness from provincial intrusion, through the doctrine of interjurisdictional immunity.

It follows, at the very least, that this core falls within the scope of federal jurisdiction over Indians. That core, for reasons I will develop, encompasses aboriginal rights, including the rights that are recognized and affirmed by s. 35(1). Laws which purport to extinguish those rights therefore touch the core of Indianness which lies at the heart of s. 91(24), and are beyond the legislative competence of the provinces to enact. The core of Indianness encompasses the whole range of aboriginal rights that are protected by s. 35(1). Those rights include rights in relation to land; that part of the core derives from s. 91(24)’s reference to “Lands reserved for the Indians”. But those rights also encompass practices, customs and traditions which are not tied to land as well; that part of the core can be traced to federal jurisdiction over “Indians”. Provincial governments are prevented from legislating in relation to both types of aboriginal rights.

(3) Provincial Laws of General Application

The vesting of exclusive jurisdiction with the federal government over Indians and Indian lands under s. 91(24), operates to preclude provincial laws in relation to those matters. Thus, provincial laws which single out Indians for special treatment are *ultra vires*, because they are in relation to Indians and therefore invade federal jurisdiction: see *R. v. Sutherland*, [1980] 2 S.C.R. 451. However, it

cause. Les affaires qui ont été soumises à la Cour relativement au par. 91(24) ont plutôt soulevé la question de la compétence à l’égard des Indiens du point de vue opposé: c’est-à-dire en posant la question de savoir si des lois provinciales qui, à première vue, s’appliquent aux Indiens, empiètent sur la compétence du gouvernement fédéral, et si ces lois sont inapplicables aux Indiens dans la mesure de cet empiètement. Comme je l’explique plus loin, la Cour a statué que, par le principe de l’exclusivité des compétences, le par. 91(24) protège l’«essentiel» de la quiddité indienne, ou indianité, contre les empiètements provinciaux.

Il s’ensuit, à tout le moins, que l’essentiel de l’indianité relève de la compétence du fédéral sur les Indiens. Pour des raisons que je vais exposer, l’essentiel de l’indianité englobe les droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1). Les lois censées éteindre ces droits portent donc atteinte à l’essentiel de l’indianité qui est au cœur du par. 91(24), et elles outrepassent la compétence législative des provinces. L’essentiel de l’indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux protégés par le par. 35(1). Ces droits comprennent les droits se rapportant à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la référence aux «terres réservées aux Indiens» au par. 91(24). Cependant, ces droits comprennent également les coutumes, pratiques et traditions qui ne se rattachent pas à un territoire; cette partie de l’essentiel de l’indianité découle de la compétence du fédéral à l’égard des «Indiens». Il est interdit aux gouvernements provinciaux de faire des lois portant sur ces deux types de droits ancestraux.

(3) Lois provinciales d’application générale

Le fait que le gouvernement fédéral soit investi, en vertu du par. 91(24), de la compétence exclusive à l’égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens a pour effet d’empêcher l’édiction de lois provinciales sur ces questions. Par conséquent, les lois provinciales qui visent à imposer un traitement spécial aux Indiens sont inconstitutionnelles parce qu’elles se rapportent aux Indiens et empiètent donc sur la compétence du fédéral: voir *R. c. Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451. Toutefois, il

is a well-established principle that (*Four B Manufacturing Ltd.*, *supra*, at p. 1048):

The conferring upon Parliament of exclusive legislative competence to make laws relating to certain classes of persons does not mean that the totality of these persons' rights and duties comes under primary federal competence to the exclusion of provincial laws of general application.

In other words, notwithstanding s. 91(24), provincial laws of general application apply *proprio vigore* to Indians and Indian lands. Thus, this Court has held that provincial labour relations legislation (*Four B*) and motor vehicle laws (*R. v. Francis*, [1988] 1 S.C.R. 1025), which purport to apply to all persons in the province, also apply to Indians living on reserves.

existe un principe bien établi selon lequel (*Four B Manufacturing Ltd.*, précité, à la p. 1048):

L'attribution au Parlement de la compétence législative exclusive de faire des lois relatives à certaines catégories de personnes ne signifie pas que la totalité des droits et obligations de ces personnes relève de la compétence fédérale principale à l'exclusion des lois provinciales d'application générale.

En d'autres termes, malgré le par. 91(24), les lois provinciales d'application générale s'appliquent *proprio vigore* (d'elles-mêmes) aux Indiens et aux terres indiennes. Ainsi, notre Cour a statué que les lois provinciales sur les relations de travail (*Four B*) et les lois sur les véhicules à moteur (*R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025), qui sont censées s'appliquer à toutes les personnes dans la province, s'appliquent également aux Indiens qui vivent dans des réserves.

180

What must be answered, however, is whether the same principle allows provincial laws of general application to extinguish aboriginal rights. I have come to the conclusion that a provincial law of general application could not have this effect, for two reasons. First, a law of general application cannot, by definition, meet the standard which has been set by this Court for the extinguishment of aboriginal rights without being *ultra vires* the province. That standard was laid down in *Sparrow*, *supra*, at p. 1099, as one of "clear and plain" intent. In that decision, the Court drew a distinction between laws which extinguished aboriginal rights, and those which merely regulated them. Although the latter types of laws may have been "necessarily inconsistent" with the continued exercise of aboriginal rights, they could not extinguish those rights. While the requirement of clear and plain intent does not, perhaps, require that the Crown "use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights" (*Gladstone*, *supra*, at para. 34), the standard is still quite high. My concern is that the only laws with the sufficiently clear and plain intention to extinguish aboriginal rights would be laws in relation to Indians and Indian lands. As a result, a provincial law could never, *proprio vigore*, extinguish aboriginal

Il faut toutefois répondre à la question de savoir si ce même principe autorise l'extinction de droits ancestraux par des lois provinciales d'application générale. Je suis arrivé à la conclusion qu'une loi provinciale d'application générale ne peut pas avoir cet effet, et ce pour deux raisons. Premièrement, par définition, une loi provinciale d'application générale ne peut pas, sans être *ultra vires*, respecter la norme qui a été établie par notre Cour à l'égard de l'extinction des droits ancestraux. Cette norme, qui a été énoncée dans *Sparrow*, précité, à la p. 1099, est celle de l'intention «claire et expresse». Dans cet arrêt, la Cour a établi une distinction entre les règles de droit qui éteignent des droits ancestraux et celles qui se bornent à les réglementer. Quoique des règles de droit appartenant à cette deuxième catégorie aient pu être «nécessairement incompatibles» avec l'exercice continu de droits ancestraux, elles ne pouvaient pas éteindre ces droits. Même si l'obligation de manifester une intention claire et expresse n'exige peut-être pas que le gouvernement «utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux» (*Gladstone*, précité, au par. 34), la norme est néanmoins très élevée. Le problème que je vois est que les seules règles de droit capables d'exprimer une intention suffisamment claire et expresse d'éteindre des droits ancestraux seraient des règles de droit ayant trait aux Indiens et aux

rights, because the intention to do so would take the law outside provincial jurisdiction.

Second, as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on “Indianness” or the “core of Indianess” (*Dick, supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B, supra*, at p. 1047 and *Francis, supra*, at pp. 1028-29). The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were “at the centre of what they do and what they are” (at p. 320). But in *Van der Peet*, I described and defined the aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1) in a similar fashion, as protecting the occupation of land and the activities which are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the right. It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24). Prior to 1982, as a result, they could not be extinguished by provincial laws of general application.

(4) Section 88 of the Indian Act

Provincial laws which would otherwise not apply to Indians *proprio vigore*, however, are allowed to do so by s. 88 of the *Indian Act*, which incorporates by reference provincial laws of gen-

terres indiennes. En conséquence, une règle de droit provinciale ne pourrait jamais éteindre d'elle-même des droits ancestraux, puisque l'existence de cette intention aurait pour effet d'exclure cette règle de la compétence de la province.

Deuxièmement, comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la «quiddité indienne» ou au «fondement même de la quiddité indienne» (*Dick, précité*, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B, précité*, à la p. 1047 et *Francis, précité*, aux pp. 1028 et 1029). On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24). Par conséquent, avant 1982, ces droits ne pouvaient pas être éteints par des lois provinciales d'application générale.

(4) L'article 88 de la Loi sur les Indiens

Cependant, des règles de droit provinciales qui autrement ne s'appliqueraient pas d'elles-mêmes aux Indiens peuvent le faire par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, qui incorpore par renvoi

eral application: *Dick, supra*, at pp. 326-27; *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285, at p. 297; *Francis, supra*, at pp. 1030-31. However, it is important to note, in Professor Hogg's words, that s. 88 does not "invigorate" provincial laws which are invalid because they are in relation to Indians and Indian lands (*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 676; also see *Dick, supra*, at p. 322). What this means is that s. 88 extends the effect of provincial laws of general application which cannot apply to Indians and Indian lands because they touch on the Indianness at the core of s. 91(24). For example, a provincial law which regulated hunting may very well touch on this core. Although such a law would not apply to aboriginal people *proprio vigore*, it would still apply through s. 88 of the *Indian Act*, being a law of general application. Such laws are enacted to conserve game and for the safety of all.

183

The respondent B.C. Crown argues that since such laws are *intra vires* the province, and applicable to aboriginal persons, s. 88 could allow provincial laws to extinguish aboriginal rights. I reject this submission, for the simple reason that s. 88 does not evince the requisite clear and plain intent to extinguish aboriginal rights. The provision states in full:

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

I see nothing in the language of the provision which even suggests the intention to extinguish aboriginal rights. Indeed, the explicit reference to treaty rights in s. 88 suggests that the provision

les lois provinciales d'application générale: *Dick*, précité, aux pp. 326 et 327; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, à la p. 297; *Francis*, précité, aux pp. 1030 et 1031. Toutefois, il est important de souligner, dans les mots du professeur Hogg, que l'art. 88 ne [TRADUCTION] «revigore» pas des règles de droit provinciales qui sont invalides parce qu'elles se rapportent aux Indiens et aux terres indiennes (*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 676; voir aussi *Dick*, précité, à la p. 322). Ce que cela veut dire, c'est que l'art. 88 étend l'effet des lois provinciales d'application générale qui ne sauraient autrement s'appliquer aux Indiens et aux terres indiennes parce qu'elles touchent à la quiddité indienne qui est au cœur du par. 91(24). Par exemple, une règle de droit provinciale réglementant la chasse peut très bien affecter ce fondement. Même si une telle loi ne s'appliquait pas d'elle-même aux peuples autochtones, elle le ferait néanmoins sous l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, en tant que loi d'application générale. De telles lois sont adoptées pour la conservation du gibier et pour assurer la sécurité de tous.

La province intimée prétend que, comme les provinces ont le pouvoir d'adopter de telles lois et que celles-ci sont applicables aux autochtones, l'art. 88 pourrait autoriser l'extinction de droits ancestraux par des règles de droit provinciales. Je rejette cet argument pour la simple raison que l'intention claire et expresse requise pour l'extinction de droits ancestraux ne ressort pas de l'art. 88. Cette disposition est rédigée ainsi:

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

Selon moi, il n'y a rien dans le texte de cette disposition qui suggère même l'intention d'éteindre des droits ancestraux. De fait, l'allusion explicite aux droits issus de traités à l'art. 88 indique que cette

was clearly not intended to undermine aboriginal rights.

VI. Conclusion and Disposition

For the reasons I have given above, I would allow the appeal in part, and dismiss the cross-appeal. Reluctantly, I would also order a new trial.

I conclude with two observations. The first is that many aboriginal nations with territorial claims that overlap with those of the appellants did not intervene in this appeal, and do not appear to have done so at trial. This is unfortunate, because determinations of aboriginal title for the Gitksan and Wet'suwet'en will undoubtedly affect their claims as well. This is particularly so because aboriginal title encompasses an exclusive right to the use and occupation of land, i.e., to the exclusion of both non-aboriginals and members of other aboriginal nations. It may, therefore, be advisable if those aboriginal nations intervened in any new litigation.

Finally, this litigation has been both long and expensive, not only in economic but in human terms as well. By ordering a new trial, I do not necessarily encourage the parties to proceed to litigation and to settle their dispute through the courts. As was said in *Sparrow*, at p. 1105, s. 35(1) "provides a solid constitutional base upon which subsequent negotiations can take place". Those negotiations should also include other aboriginal nations which have a stake in the territory claimed. Moreover, the Crown is under a moral, if not a legal, duty to enter into and conduct those negotiations in good faith. Ultimately, it is through negotiated settlements, with good faith and give and take on all sides, reinforced by the judgments of this Court, that we will achieve what I stated in *Vander Peet*, *supra*, at para. 31, to be a basic purpose of s. 35(1) — "the reconciliation of the pre-existence

disposition n'est manifestement pas censée porter atteinte aux droits ancestraux.

VI. Conclusion et dispositif

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. À regret, j'ordonnerais également la tenue d'un nouveau procès.

Je vais conclure par deux observations. En premier lieu, de nombreuses nations autochtones dont les revendications territoriales chevauchent celles des appelants ne sont pas intervenues dans le présent pourvoi et ne paraissent pas l'avoir fait en première instance. Cette situation est malheureuse parce que les décisions relatives au titre aborigène des Gitksan et des Wet'suwet'en auront indubitablement un effet sur les revendications de ces autres nations autochtones, particulièrement en raison du fait que le titre aborigène comprend le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres, c'est-à-dire de le faire à l'exclusion des non-autochtones et des membres d'autres nations autochtones. Par conséquent, peut-être serait-il souhaitable que ces autres nations autochtones interviennent dans une nouvelle instance.

En second lieu, la présente affaire a été longue et coûteuse, non seulement sur le plan financier mais aussi sur le plan humain. En ordonnant la tenue d'un nouveau procès, je n'encourage pas nécessairement les parties à introduire une instance et à régler leur différend devant les tribunaux. Comme il a été dit dans *Sparrow*, à la p. 1105, le par. 35(1) «procure [...] un fondement constitutionnel solide à partir duquel des négociations ultérieures peuvent être entreprises». Devraient également participer à ces négociations les autres nations autochtones qui ont un intérêt dans le territoire revendiqué. En outre, la Couronne a l'obligation morale, sinon légale, d'entamer et de mener ces négociations de bonne foi. En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés — toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent — processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1),

184

185

186

of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown". Let us face it, we are all here to stay.

The reasons of *La Forest* and *L'Heureux-Dubé JJ.* were delivered by

187 LA FOREST J. — I have read the reasons of the Chief Justice, and while I agree with his conclusion, I disagree with various aspects of his reasons and in particular, with the methodology he uses to prove that aboriginal peoples have a general right of occupation of certain lands (often referred to as "aboriginal title").

188 I begin by considering why a new trial is necessary in this case. It is true, as the Chief Justice points out, that the amalgamation of the appellants' individual claims represents a defect in the pleadings and, technically speaking, this prevents us from considering the merits of the case. However, in my view, there is a more substantive problem with the pleadings in this case. Before this Court, the appellants sought a declaration of "aboriginal title" but attempted, in essence, to prove that they had complete control over the territory in question. The appellants effectively argued on appeal, as they did at trial, that by virtue of their social and land tenure systems — consisting of Chief authority, Houses, feasts, crests, and totem poles — they acquired an absolute interest in the claimed territory, including ownership of and jurisdiction over the land. The problem with this approach is that it requires proof of governance and control as opposed to proof of general occupation of the affected land. Only the latter is the *sine qua non* of "aboriginal title". It follows that what the appellants sought by way of declaration from this Court and what they set out to prove by way of the evidence were two different matters. In light of this substantive defect in the pleadings, a new trial

c'est-à-dire «concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté». Il faut se rendre à l'évidence, nous sommes tous ici pour y rester.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *L'Heureux-Dubé* rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai lu les motifs du Juge en chef et, bien que je souscrive à sa conclusion, je suis en désaccord avec divers aspects de ses motifs et en particulier avec la méthode dont il se sert pour établir que les peuples autochtones ont un droit général d'occupation de certaines terres (souvent appelé «titre aborigène»).

Je vais d'abord examiner les raisons pour lesquelles la tenue d'un nouveau procès est nécessaire en l'espèce. Il est vrai, comme le souligne le Juge en chef, que la fusion des revendications individuelles des appelants constitue un vice affectant les actes de procédure et que, sur le plan de la forme, cela nous empêche d'examiner le fond de l'affaire. Cependant, à mon avis, les actes de procédure en l'espèce posent un problème encore plus substantiel. En effet, même si, devant notre Cour, les appelants ont sollicité un jugement déclarant l'existence d'un «titre aborigène», ils ont essentiellement tenté d'établir qu'ils exerçaient un contrôle complet sur le territoire en question. En appel, les appelants ont effectivement prétendu, comme ils l'avaient fait en première instance, qu'en vertu de leur régime de tenure foncière et de leur organisation sociale — constituée de l'autorité des chefs, de maisons, de célébrations, d'armoiries et de mâts totémiques — ils ont acquis un intérêt absolu sur le territoire revendiqué, y compris la propriété des terres visées et la compétence sur celles-ci. Le problème que pose cette approche est qu'elle exige qu'on prouve la gestion et le contrôle des terres visées, plutôt que l'occupation générale de celles-ci. Or, seule la preuve du deuxième fait est la condition *sine qua non* de l'existence du «titre aborigène». Il s'ensuit que ce que les appelants ont demandé à notre Cour de leur reconnaître, par voie de jugement déclaratoire, et ce qu'ils se sont efforcés d'établir par la preuve, étaient deux choses différentes. Étant donné ce vice substantiel entachant les actes de procédure, la tenue d'un

should be ordered to permit a reassessment of the matter on the basis of these reasons.

In my view, the foundation of “aboriginal title” was succinctly described by Judson J. in *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, where, at p. 328, he stated: “the fact is that when the settlers came, the Indians were there, organized in societies and occupying the land as their forefathers had done for centuries. This is what Indian title means” Relying in part on Judson J.’s remarks, Dickson J. (as he then was) wrote in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 382, that aboriginal peoples have a “legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown”. As well, in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, this Court stated, at p. 678: “The inescapable conclusion from the Court’s analysis of Indian title up to this point is that the Indian interest in land is truly *sui generis*. It is more than the right to enjoyment and occupancy although . . . it is difficult to describe what more in traditional property law terminology”. More recently, Judson J.’s views were reiterated in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507. There Lamer C.J. wrote for the majority, at para. 30, that the doctrine of aboriginal rights (one aspect of which is “aboriginal title”) arises from “one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries” (emphasis in original).

It follows from these cases that the aboriginal right of possession is derived from the historic occupation and use of ancestral lands by aboriginal peoples. Put another way, “aboriginal title” is based on the continued occupation and use of the

nouveau procès doit être ordonnée pour permettre le réexamen de la question, sur le fondement des présents motifs.

À mon avis, le fondement du «titre aborigène» a été décrit de façon succincte par le juge Judson, dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, où il a dit, à la p. 328: «mais il reste que lorsque les colons sont arrivés, les Indiens étaient déjà là, ils étaient organisés en sociétés et occupaient les terres comme leurs ancêtres l’avaient fait depuis des siècles. C’est ce que signifie le titre indien» S’appuyant en partie sur les commentaires du juge Judson, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a écrit, dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 382, que les peuples autochtones ont le «droit, en *common law*, d’occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté». En outre, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, notre Cour a dit ceci, à la p. 678: «La conclusion inéluctable qui se dégage jusqu’à maintenant de l’analyse que la Cour a faite du titre indien est que les Indiens ont un véritable droit *sui generis* sur leurs terres. Il s’agit de quelque chose de plus qu’un droit de jouissance et d’occupation bien [. . .] [qu’]il soit difficile de décrire ce en quoi consiste ce quelque chose de plus au moyen de la terminologie traditionnelle du droit des biens». Plus récemment, les vues du juge Judson ont été réitérées dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a écrit, au nom des juges majoritaires, au par. 30, que la doctrine des droits ancestraux (dont un aspect est le «titre aborigène») découle d’«un fait bien simple: quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s’y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l’avaient fait pendant des siècles» (souligné dans l’original).

Il ressort de ces arrêts que le droit de possession ancestral d’un peuple autochtone découle de l’occupation et de l’utilisation historiques par celui-ci de ses terres ancestrales. Autrement dit, le «titre aborigène» se fonde sur l’occupation et l’utilisa-

land as part of the aboriginal peoples' traditional way of life. This *sui generis* interest is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts. The best description of "aboriginal title", as set out above, is a broad and general one derived from Judson J.'s pronouncements in *Calder, supra*. Adopting the same approach, Dickson J. wrote in *Guerin, supra*, that the aboriginal right of occupancy is further characterized by two principal features. First, this *sui generis* interest in the land is personal in that it is generally inalienable except to the Crown. Second, in dealing with this interest, the Crown is subject to a fiduciary obligation to treat aboriginal peoples fairly. Dickson J. went on to conclude, at p. 382, that "[a]ny description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading". I share his views and am therefore reluctant to define more precisely the "right [of aboriginal peoples] to continue to live on their lands as their forefathers had lived"; see *Calder*, at p. 328.

tion ininterrompues des terres visées par le peuple autochtone dans le cadre de son mode de vie traditionnel. Ce droit *sui generis* n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens. Comme il a été expliqué plus tôt, la meilleure façon de décrire le «titre aborigène» consiste à le décrire en termes larges et généraux, à partir des déclarations du juge Judson dans *Calder*, précité. Adoptant la même approche, le juge Dickson a écrit, dans *Guerin*, précité, que le droit d'occupation ancestral comportait en outre deux caractéristiques principales. Premièrement, ce droit *sui generis* est personnel en ce sens qu'il est généralement inaliénable, sauf en faveur de la Couronne. Deuxièmement, dans ses opérations concernant ce droit, la Couronne est assujettie à une obligation de fiduciaire, savoir celle de traiter équitablement les peuples autochtones. Le juge Dickson poursuit en concluant, à la p. 382, que «[t]oute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur». Je partage les vues exprimées par le juge Dickson et je suis en conséquence réticent à définir avec plus de précision le «droit [des peuples autochtones] de continuer à vivre sur leurs terres comme l'avaient fait leurs ancêtres»; *Calder*, à la p. 328.

191 The approach I adopt, in defining the aboriginal right of occupancy, is also a highly contextual one. More specifically, I find it necessary to make a distinction between: (1) the recognition of a general right to occupy and possess ancestral lands; and (2) the recognition of a discrete right to engage in an aboriginal activity in a particular area. I defined the latter in *R. v. Côté*, [1996] 3 S.C.R. 139, at para. 97, as "the traditional use, by a tribe of Indians, that has continued from pre-contact times of a particular area for a particular purpose". The issue in *Côté*, as in *Van der Peet*, was whether the use of a particular fishing spot was really an aspect of the aboriginal peoples' way of life in pre-contact times; see also in the *Van der Peet* trilogy *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, and *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672. In all those cases, the fishing rights asserted by the aboriginal claimants were not associated with a

Le point de vue que j'adopte pour définir le droit d'occupation ancestral est, de plus, éminemment contextuel. Plus précisément, j'estime qu'il est nécessaire de faire la distinction entre les deux aspects suivants: (1) la reconnaissance d'un droit général d'occuper et de posséder des terres ancestrales; (2) la reconnaissance d'un droit distinct d'exercer une activité autochtone dans une région particulière. J'ai défini ce dernier aspect dans *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au par. 97, comme étant «l'utilisation traditionnelle — remontant avant l'arrivée des Européens — que fait une tribu indienne d'un territoire donné, à une fin particulière». La question qui était en litige dans *Côté*, tout comme dans *Van der Peet*, était de savoir si l'utilisation d'un site de pêche particulier constituait véritablement un aspect du mode de vie des peuples autochtones avant le contact avec les Européens; voir également les autres arrêts de la

more general occupancy of the affected land. By contrast, the present case deals with a general claim to occupy and possess vast tracts of territory (58,000 square kilometres). This type of generalized land claim is not merely a bundle of discrete aboriginal rights to engage in specific activities. Rather, it is, as the Chief Justice states, at para. 111, the “right to use land for a variety of activities, not all of which need be aspects of practices, customs and traditions which are integral to the distinctive cultures of aboriginal societies”. These land-based activities are, of course, related to the aboriginal society’s habits and mode of life.

I note, as well, that in defining the nature of “aboriginal title”, one should generally not be concerned with statutory provisions and regulations dealing with reserve lands. In *Guerin, supra*, this Court held that the interest of an Indian band in a reserve is derived from, and is of the same nature as, the interest of an aboriginal society in its traditional tribal lands. Accordingly, the Court treated the aboriginal interest in reserve lands as one of occupation and possession while recognizing that the underlying title to those lands was in the Crown. It was not decided in *Guerin, supra*, and it by no means follows, that specific statutory provisions governing reserve lands should automatically apply to traditional tribal lands. For this reason, I am unable to assume that specific “reserve” provisions of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, and the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, apply to huge tracts of land which are subject to an aboriginal right of occupancy.

trilogie *Van der Peet*, soit *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, et *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672. Dans toutes ces affaires, les droits de pêche revendiqués par les autochtones n’étaient pas liés à une occupation plus générale des terres visées. À l’opposé, le présent cas concerne une revendication générale visant le droit d’occuper et de posséder de vastes étendues de territoire (58 000 kilomètres carrés). Ce type de revendication territoriale générale n’est pas qu’un simple faisceau de droits ancestraux distincts autorisant l’exercice d’activités particulières. Il s’agit plutôt, comme le dit le Juge en chef, au par. 111, du «droit d’utiliser des terres pour y exercer différentes activités qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones». Il va de soi que ces activités — qui se rattachent au territoire — sont liées aux habitudes et au mode de vie de la société autochtone.

En outre, je souligne qu’en définissant la nature du «titre aborigène» il faut généralement faire abstraction des dispositions législatives et réglementaires concernant les terres des réserves. Dans *Guerin*, précité, notre Cour a statué que le droit que possède une bande indienne sur une réserve découle du droit de la société autochtone sur ses terres tribales traditionnelles, et qu’il est de la même nature que celui-ci. Par conséquent, notre Cour a considéré que le droit des autochtones sur les terres des réserves était un droit d’occupation et de possession, tout en reconnaissant que le titre de propriété sous-jacent de ces terres appartenait à la Couronne. Il n’a pas été décidé, dans *Guerin*, précité, et il ne s’ensuit pas que les dispositions législatives particulières régissant les terres des réserves s’appliquent automatiquement aux terres tribales traditionnelles. Pour cette raison, je ne peux pas présumer que les dispositions particulières concernant les «réserves» prévues par la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, et par la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, s’appliquent à d’énormes étendues de territoire faisant l’objet d’un droit d’occupation ancestral.

193 I turn next to this Court's decision in *Van der Peet, supra*, where the Chief Justice identified a number of factors essential to the recognition of aboriginal rights under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. As I have already indicated, the *Van der Peet* trilogy dealt with activity-based discrete rights and, more specifically, with fishing activities that were carried out in the face of statutory prohibitions. By contrast, the present case deals with a generalized claim over vast tracts of territory, a claim which is itself the foundation for particular rights and activities. Moreover, I agree with the appellants that this generalized claim should not be defined as merely a compendium of aboriginal rights, each of which must meet the test set out in *Van der Peet*. Nonetheless, I am of the view that the "key" factors identified in *Van der Peet*, namely precision, specificity, continuity, and centrality are still met by my approach in the present case.

194 First, it is clear that the nature of an aboriginal claim must be identified precisely with regard to particular practices, customs and traditions. As already mentioned, when dealing with a claim of "aboriginal title", the court will focus on the occupation and use of the land as part of the aboriginal society's traditional way of life. In pragmatic terms, this means looking at the manner in which the society used the land to live, namely to establish villages, to work, to get to work, to hunt, to travel to hunting grounds, to fish, to get to fishing pools, to conduct religious rites, etc. These uses, although limited to the aboriginal society's traditional way of life, may be exercised in a contemporary manner; see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1099.

195 Second, it is self-evident that an aboriginal society asserting the right to live on its ancestral lands

Je vais maintenant examiner l'arrêt de notre Cour *Van der Peet*, précité, dans lequel le Juge en chef a fait état d'un certain nombre de facteurs essentiels à la reconnaissance des droits ancestraux visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai déjà indiqué, la trilogie *Van der Peet* concernait des droits distincts liés à certaines activités et, plus précisément, des activités de pêche exercées en dépit d'interdictions prévues par la loi. À l'opposé, le présent cas porte sur une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, revendication qui constitue elle-même le fondement de droits et d'activités de nature particulière. En outre, je suis d'accord avec les appelants que cette revendication générale ne doit pas être définie comme un simple ensemble de droits ancestraux, dont chacun doit satisfaire au critère énoncé dans *Van der Peet*. Néanmoins, je suis d'avis que l'approche que je retiens en l'espèce satisfait quand même aux facteurs «clés» mentionnés dans *Van der Peet*, savoir la précision, la spécificité, la continuité et le caractère fondamental.

Premièrement, il est clair que la nature d'une revendication autochtone doit être rattachée précisément à des coutumes, pratiques et traditions particulières. Comme il a été mentionné plus tôt, le tribunal qui examine la revendication d'un «titre aborigène» se demande principalement si l'occupation et l'utilisation des terres visées faisaient partie du mode de vie traditionnel de la société autochtone concernée. En pratique, cela veut dire qu'il doit se demander de quelle manière les membres de la société utilisaient les terres visées pour vivre, c'est-à-dire pour y établir des villages, pour y travailler, pour se rendre à leur travail, pour y chasser, pour se rendre à leurs territoires de chasse, pour y pêcher, pour se rendre à leurs sites de pêche, pour y accomplir des cérémonies religieuses et pour d'autres fins. Ces utilisations, quoiqu'elles se limitent au mode de vie traditionnel de la société autochtone, peuvent être exercées de manière contemporaine; voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1099.

Deuxièmement, il est évident que la société autochtone qui revendique le droit de vivre sur ses

must specify the area which has been continuously used and occupied. That is, the general boundaries of the occupied territory should be identified. I recognize, however, that when dealing with vast tracts of territory it may be impossible to identify geographical limits with scientific precision. Nonetheless, this should not preclude the recognition of a general right of occupation of the affected land. Rather, the drawing of exact territorial limits can be settled by subsequent negotiations between the aboriginal claimants and the government.

Some would also argue that specificity requires exclusive occupation and use of the land by the aboriginal group in question. The way I see it, exclusivity means that an aboriginal group must show that a claimed territory is indeed its ancestral territory and not the territory of an unconnected aboriginal society. On the other hand, I recognize the possibility that two or more aboriginal groups may have occupied the same territory and used the land communally as part of their traditional way of life. In cases where two or more groups have accommodated each other in this way, I would not preclude a finding of joint occupancy. The result may be different, however, in cases where one dominant aboriginal group has merely permitted other groups to use the territory or where definite boundaries were established and maintained between two aboriginal groups in the same territory.

Third, as indicated above, the aboriginal right of possession is based on the continued occupation and use of traditional tribal lands. The Chief Justice concludes that the relevant time period for the establishment of "aboriginal title" is the time at which the Crown asserted sovereignty over the affected land. I agree that in the context of generalized land claims, it is more appropriate, from a practical and theoretical standpoint, to consider the time of sovereignty as opposed to the time of first contact between an aboriginal society and Europeans. However, I am also of the view that the date

terres ancestrales doit spécifier le territoire qui a été utilisé et occupé de façon ininterrompue. En d'autres mots, les limites générales du territoire occupé doivent être indiquées. Cependant, je conviens que, lorsqu'il est question de vastes étendues de territoire, il peut se révéler impossible de déterminer les limites géographiques avec une précision scientifique. Néanmoins, cela ne doit pas faire obstacle à la reconnaissance d'un droit général d'occupation des terres visées. En effet, le tracé de limites territoriales précises peut être établi dans le cadre de négociations subséquentes entre les revendicateurs autochtones et le gouvernement.

Certains pourraient également prétendre que la notion de spécificité exige l'occupation et l'utilisation exclusives des terres visées par le groupe autochtone concerné. À mon avis, l'exclusivité signifie que le groupe autochtone doit établir que le territoire qu'il revendique est, en fait, son territoire ancestral et non celui d'une autre société autochtone avec laquelle il n'a aucun lien. Par ailleurs, je reconnais que deux groupes autochtones ou plus peuvent avoir occupé le même territoire et l'avoir utilisé en commun dans le cadre de leur mode de vie traditionnel. Dans les cas où deux groupes ou plus auraient convenu de tels arrangements, je n'écarterais pas la possibilité de conclure à l'existence d'une occupation conjointe. Toutefois, il est possible que le résultat soit différent dans les cas où un groupe autochtone dominant aurait simplement permis à d'autres groupes d'utiliser le territoire en cause ou lorsque deux groupes autochtones ont établi et maintenu entre eux des limites précises au sein du même territoire.

Troisièmement, comme il a été indiqué précédemment, le droit de possession ancestral se fonde sur l'occupation et l'utilisation ininterrompues de terres tribales traditionnelles. Le Juge en chef conclut que le moment pertinent pour établir l'existence du «titre aborigène» est celui de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire visé. Je suis d'accord avec le fait que, dans le contexte de revendications territoriales générales, il convient davantage, aussi bien d'un point de vue pratique que théorique, de tenir compte du moment de l'affirmation de la souveraineté plutôt que du

of sovereignty may not be the only relevant moment to consider. For instance, there may have been aboriginal settlements in one area of the province but, after the assertion of sovereignty, the aboriginal peoples may have all moved to another area where they remained from the date of sovereignty until the present. This relocation may have been due to natural causes, such as the flooding of villages, or to clashes with European settlers. In these circumstances, I would not deny the existence of "aboriginal title" in that area merely because the relocation occurred post-sovereignty. In other words, continuity may still exist where the present occupation of one area is connected to the pre-sovereignty occupation of another area.

moment du premier contact entre la société autochtone et des Européens. Cependant, je suis également d'avis qu'il est possible que la date de l'affirmation de la souveraineté ne soit pas le seul moment pertinent dont il faille tenir compte. Par exemple, il est possible que des peuples autochtones se soient établis dans une partie de la province, mais que, après l'affirmation de la souveraineté, ils aient tous migré vers une autre région, où ils se trouvent toujours depuis cette date. Il se peut que cette migration ait été provoquée par des causes naturelles telle l'inondation des villages ou par des affrontements avec des colons européens. Dans de telles circonstances, je n'écarterais pas l'existence d'un «titre aborigène» sur cette région pour la seule raison que la migration s'est produite après l'affirmation de la souveraineté. Autrement dit, il peut encore y avoir continuité lorsque l'occupation actuelle d'une région est liée à l'occupation d'une autre région avant l'affirmation de la souveraineté.

198

Also, on the view I take of continuity, I agree with the Chief Justice that it is not necessary for courts to have conclusive evidence of pre-sovereignty occupation. Rather, aboriginal peoples claiming a right of possession may provide evidence of present occupation as proof of prior occupation. Further, I agree that there is no need to establish an unbroken chain of continuity and that interruptions in occupancy or use do not necessarily preclude a finding of "title". I would go further, however, and suggest that the presence of two or more aboriginal groups in a territory may also have an impact on continuity of use. For instance, one aboriginal group may have ceded its possession to subsequent occupants or merged its territory with that of another aboriginal society. As well, the occupancy of one aboriginal society may be connected to the occupancy of another society by conquest or exchange. In these circumstances, continuity of use and occupation, extending back to the relevant time, may very well be established;

En outre, compte tenu du point de vue que j'adopte à l'égard de la continuité, je suis d'accord avec le Juge en chef qu'il n'est pas nécessaire que les tribunaux disposent d'éléments de preuve concluants d'une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté. En effet, les peuples autochtones qui revendiquent un droit de possession peuvent présenter des éléments de preuve de l'occupation actuelle du territoire visé pour établir son occupation antérieure. De plus, je conviens qu'il n'est pas nécessaire de faire la preuve d'une continuité parfaite et que le fait que l'occupation ou l'utilisation ait été marquée par des interruptions n'empêche pas de conclure à l'existence d'un «titre». Cependant, j'irais encore plus loin et suggérerais que la présence de deux groupes autochtones ou plus dans un territoire donné peut aussi avoir une incidence sur la continuité de l'utilisation. Par exemple, il est possible qu'un groupe autochtone ait cédé la possession de territoire à des occupants ultérieurs ou encore qu'il ait fusionné ce territoire avec celui d'une autre société autochtone. De même, l'occupation du territoire par une société autochtone peut être liée à l'occupation d'une autre société par voie de conquête ou d'échange. Dans de telles circonstances, la continuité de l'utilisation et de l'occupation du territoire

see Brian Slattery, "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 759.

Fourth, if aboriginal peoples continue to occupy and use the land as part of their traditional way of life, it necessarily follows that the land is of central significance to them. As already suggested, aboriginal occupancy refers not only to the presence of aboriginal peoples in villages or permanently settled areas. Rather, the use of adjacent lands and even remote territories to pursue a traditional mode of life is also related to the notion of occupancy. Viewed in this light, occupancy is part of aboriginal culture in a broad sense and is, therefore, absorbed in the notion of distinctiveness. To use the language of *Van der Peet*, proof of occupancy is proof of centrality.

I would also add that my approach regarding the nature of aboriginal occupancy is supported by the terms of the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1. Although the *Proclamation* is not the sole source of "aboriginal title" in this country, it bears witness to the British policy towards aboriginal peoples which was based on respect for their right to occupy their ancestral lands; see *Sparrow, supra*, at p. 1103. Specifically, the *Proclamation* provides:

And We do further declare it to be Our Royal Will and Pleasure, for the present as aforesaid, to reserve under our Sovereignty, Protection, and Dominion, for the use of the said Indians, all the Lands and Territories not included within the Limits of Our said Three new Governments, or within the Limits of the Territory granted to the Hudson's Bay Company, as also all the Lands and Territories lying to the Westward of the Sources of the Rivers which fall into the Sea from the West and North West as aforesaid.

In clear terms vast tracts of territory (including large portions of the area now comprising Ontario,

visé depuis la période pertinente peut très bien être établie; voir Brian Slattery, «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 *R. du B. can.* 727, à la p. 759.

Quatrièmement, si des peuples autochtones continuent d'occuper et d'utiliser le territoire visé dans le cadre de leur mode de vie traditionnel, il s'ensuit nécessairement que ce territoire a une importance fondamentale pour eux. Comme il a été suggéré plus tôt, la notion d'occupation d'un territoire par des autochtones ne s'entend pas seulement de la présence de peuples autochtones dans des villages ou des établissements permanents. Est également visée par cette notion l'utilisation de terres adjacentes et même de territoires éloignés dans le cadre d'un mode de vie traditionnel. Vue sous cet angle, l'occupation constitue un aspect de la culture autochtone prise dans un sens large et s'intègre, par conséquent, à la notion de caractère distinctif. Pour reprendre le vocabulaire employé dans *Van der Peet*, la preuve de l'occupation est la preuve du caractère fondamental.

J'ajouterais également que l'approche que j'adopte relativement à la nature de l'occupation du territoire par des autochtones est étayée par le libellé de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. (1985), app. II, n° 1. Bien que la *Proclamation* ne soit pas l'unique source du «titre aborigène» au pays, elle témoigne de la politique britannique envers les peuples autochtones, laquelle était fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1103. Plus précisément, la *Proclamation* prévoit ce qui suit:

Nous déclarons de plus que c'est Notre plaisir royal ainsi que Notre volonté de réserver pour le présent, sous Notre souveraineté, Notre protection et Notre autorité, pour l'usage desdits sauvages, toutes les terres et tous les territoires non compris dans les limites de Nos trois gouvernements ni dans les limites du territoire concédé à la Compagnie de la baie d'Hudson, ainsi que toutes les terres et tous les territoires situés à l'ouest des sources des rivières qui de l'ouest et du nord-ouest vont se jeter dans la mer.

En termes clairs, de vastes étendues de territoire (y compris de larges portions du territoire qui

Quebec, and the prairie provinces) were reserved for aboriginal peoples. These huge tracts of land were by no means limited to villages or permanent settlements but were reserved more generally as "Hunting Grounds" and "for the use of the said Indians". Aboriginal peoples had the right to possess the lands reserved for them and "not be molested or disturbed in the Possession" of such territory. In essence, the rights set out in the *Proclamation* — which were applied in principle to aboriginal peoples across the country — underlie the view I have taken of aboriginal occupancy; see *R. v. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (Alta. S.C., App. Div.), at p. 787, and *R. v. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (N.W.T.C.A.), aff'd *Sikyea v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642.

201

The analysis thus far has focussed on the nature of the aboriginal right to occupy and possess certain lands — a right recognized and affirmed under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. Nonetheless, as Dickson C.J. and I wrote in *Sparrow*, *supra*, at p. 1109: "Rights that are recognized and affirmed are not absolute". Thus, government regulation can infringe upon aboriginal rights if it meets the test of justification under s. 35(1). It is important to emphasize as well that the approach adopted under s. 35(1) is a highly contextual one. This is also clear from the reasons I wrote jointly with Dickson C.J. in *Sparrow*, at p. 1111:

We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

202

In the context of the present case, I agree with the Chief Justice that the general economic development of the interior of British Columbia,

comprend aujourd'hui l'Ontario, le Québec et les provinces des Prairies) ont été réservées pour l'usage des peuples autochtones. Ces vastes étendues de territoire n'étaient aucunement limitées aux villages ou aux établissements permanents, mais elles étaient plutôt réservées, de façon plus générale, comme «territoires de chasse» «pour l'usage desdits sauvages». Les peuples autochtones avaient le droit à la «possession entière et paisible» de ces territoires. Essentiellement, les droits énoncés dans la *Proclamation* — qui ont été appliqués en principe aux peuples autochtones dans l'ensemble du pays — sous-tendent le point de vue que j'ai adopté en ce qui concerne l'occupation du territoire par des autochtones; voir *R. c. Wesley*, [1932] 4 D.L.R. 774 (C.S. Alb., Div. app.), à la p. 787, et *R. c. Sikyea* (1964), 43 D.L.R. (2d) 150 (C.A.T.N.-O.), conf. par *Sikyea c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642.

Jusqu'à présent, l'analyse a porté principalement sur la nature du droit ancestral d'occuper et de posséder certaines terres — droit reconnu et confirmé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Néanmoins, comme le juge en chef Dickson et moi-même l'avons écrit dans *Sparrow*, précité, à la p. 1109: «Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus». Par conséquent, des mesures de réglementation prises par le gouvernement peuvent porter atteinte aux droits ancestraux s'ils satisfont au critère de justification des atteintes aux droits visés au par. 35(1). Il est également important de souligner que la méthode adoptée à l'égard du par. 35(1) est éminemment contextuelle. Cela ressort d'ailleurs clairement des motifs que j'ai écrits conjointement avec le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Sparrow*, à la p. 1111:

Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

Dans le contexte de la présente affaire, je suis d'accord avec le Juge en chef que le développement économique général de l'intérieur de la

through agriculture, mining, forestry, and hydroelectric power, as well as the related building of infrastructure and settlement of foreign populations are valid legislative objectives that, in principle, satisfy the first part of the justification analysis.

Under the second part of the justification test, these legislative objectives are subject to accommodation of the aboriginal peoples' interests. This accommodation must always be in accordance with the honour and good faith of the Crown. Moreover, when dealing with a generalized claim over vast tracts of land, accommodation is not a simple matter of asking whether licences have been fairly allocated in one industry, or whether conservation measures have been properly implemented for a specific resource. Rather, the question of accommodation of "aboriginal title" is much broader than this. Certainly, one aspect of accommodation in this context entails notifying and consulting aboriginal peoples with respect to the development of the affected territory. Another aspect of accommodation is fair compensation. More specifically, in a situation of expropriation, one asks whether fair compensation is available to the aboriginal peoples; see *Sparrow*, *supra*, at p. 1119. Indeed, the treatment of "aboriginal title" as a compensable right can be traced back to the *Royal Proclamation, 1763*. The relevant portions of the *Proclamation* are as follows:

... such Parts of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them [aboriginal peoples] or any of them, as their Hunting Grounds. . . .

We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians . . . but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name. . . . [Emphasis added.]

Clearly, the *Proclamation* contemplated that aboriginal peoples would be compensated for the

Colombie-Britannique par l'agriculture, l'exploitation minière, la foresterie et l'énergie hydroélectrique, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ce développement, sont des objectifs législatifs réguliers qui, en principe, satisfont au premier volet du critère de justification.

Dans le cadre du second volet de ce critère, ces objectifs législatifs doivent tenir compte des intérêts des peuples autochtones. Cette prise en compte doit toujours être faite conformément à l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi. En outre, dans l'examen d'une revendication générale visant de vastes étendues de territoire, cette prise en compte ne consiste pas simplement à s'enquérir si des permis ont été délivrés de manière équitable dans un secteur d'activité donné ou si des mesures de conservation ont été régulièrement mises en œuvre à l'égard d'une ressource particulière. En effet, la question de la prise en compte du «titre aborigène» a une portée beaucoup plus large. L'un des aspects de cette prise en compte, dans un tel contexte, consiste certainement à informer et à consulter les peuples autochtones relativement au développement du territoire visé. Un autre aspect de la prise en compte est la question de la juste indemnisation. Plus précisément, en cas d'expropriation, il faut se demander si une juste indemnité est prévue pour les peuples autochtones; voir *Sparrow*, précité, à la p. 1119. De fait, l'idée que le «titre aborigène» est un droit donnant ouverture à indemnisation remonte à la *Proclamation royale de 1763*. Voici les passages pertinents de la *Proclamation*:

... des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus [les peuples autochtones] ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse . . .

Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées [. . .] cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom. . . . [Je souligne.]

De toute évidence, la *Proclamation* prévoyait que les peuples autochtones seraient indemnisés pour

surrender of their lands; see also Slattery, "Understanding Aboriginal Rights", *supra*, at pp. 751-52. It must be emphasized, nonetheless, that fair compensation in the present context is not equated with the price of a fee simple. Rather, compensation must be viewed in terms of the right and in keeping with the honour of the Crown. Thus, generally speaking, compensation may be greater where the expropriation relates to a village area as opposed to a remotely visited area. I add that account must be taken of the interdependence of traditional uses to which the land was put.

la cession de leurs terres; voir également l'ouvrage de Slattery, «Understanding Aboriginal Rights», *loc. cit.*, aux pp. 751 et 752. Néanmoins, il convient de souligner que, dans le présent contexte, la juste indemnité ne peut être assimilée à la valeur d'un fief simple. L'indemnité doit plutôt être considérée en fonction du droit en cause et être propre à sauvegarder l'honneur de la Couronne. Ainsi, de façon générale, l'indemnité peut être plus importante lorsque l'expropriation touche un village et ses environs par opposition à une région peu fréquentée. J'ajoute qu'il faut tenir compte de l'interdépendance des utilisations traditionnelles faites du territoire visé.

204 In summary, in developing vast tracts of land, the government is expected to consider the economic well being of all Canadians. But the aboriginal peoples must not be forgotten in this equation. Their legal right to occupy and possess certain lands, as confirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, mandates basic fairness commensurate with the honour and good faith of the Crown.

En résumé, on s'attend à ce que le gouvernement, dans le cadre du développement de vastes étendues de territoire, prenne en compte le bien-être économique de tous les Canadiens. Les peuples autochtones ne doivent cependant pas être oubliés dans cette prise en compte. Le droit que leur reconnaît la loi d'occuper et de posséder certaines terres, droit qui est confirmé par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, commande que l'on fasse montre envers eux d'équité fondamentale, d'une manière qui soit compatible avec l'obligation de la Couronne d'agir honorablement et de bonne foi.

205 With regard to the issue of self-government, I conclude, as does the Chief Justice, that there was insufficient evidence before this Court to make any determination regarding this aspect of the appellants' claim.

En ce qui concerne la question de l'autonomie gouvernementale, je conclus, à l'instar du Juge en chef, que notre Cour ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour statuer sur cet aspect de la demande des appelants.

206 As for the issue raised on the cross-appeal, I agree with the Chief Justice's conclusion. The respondent province had no authority to extinguish aboriginal rights either under the *Constitution Act, 1867* or by virtue of s. 88 of the *Indian Act*.

Quant à la question soulevée dans le pourvoi incident, je souscris à la conclusion du Juge en chef à cet égard. La province intimée n'avait pas le pouvoir d'éteindre des droits ancestraux en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni par l'effet de l'art. 88 de la *Loi sur les Indiens*.

207 On a final note, I wish to emphasize that the best approach in these types of cases is a process of negotiation and reconciliation that properly considers the complex and competing interests at stake. This point was made by Lambert J.A. in the Court of Appeal, [1993] 5 W.W.R. 97, at pp. 379-80:

Enfin, je tiens à souligner que la meilleure approche dans ce genre d'affaires est un processus de négociation et de réconciliation qui prenne dûment en compte les intérêts complexes et opposés en jeu. Cette observation a été faite par le juge Lambert de la Cour d'appel, [1993] 5 W.W.R. 97, aux pp. 379 et 380:

So, in the end, the legal rights of the Indian people will have to be accommodated within our total society by political compromises and accommodations based in the first instance on negotiation and agreement and ultimately in accordance with the sovereign will of the community as a whole. The legal rights of the Gitksan and Wet'suwet'en peoples, to which this law suit is confined, and which allow no room for any approach other than the application of the law itself, and the legal rights of all aboriginal peoples throughout British Columbia, form only one factor in the ultimate determination of what kind of community we are going to have in British Columbia and throughout Canada in the years ahead. [Emphasis added.]

(See also *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2 (*Restructuring the Relationship*), Part 2, at pp. 561-62.)

Accordingly, I would allow the appeal in part and order a new trial on the basis of the principles set out in these reasons. I would also dismiss the cross-appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I concur with the Chief Justice. I add that I am also in substantial agreement with the comments of Justice La Forest.

* * *

SCHEDULE 1

Appellants

DELGAMUUKW, also known as Earl Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Delgamuukw and Haaxw

GISDAY WA, also known as Alfred Joseph, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gisday Wa

NII KYAP, also known as Gerald Gunanoot, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nii Kyap

[TRADUCTION] En fin de compte, il faudra donc tenir compte des droits reconnus par la loi aux Indiens au sein de l'ensemble de la société, au moyen de compromis politiques et de mesures d'adaptation qui seront fondés, au départ, sur la négociation d'accords, et qui devront, en dernière analyse, être conformes à la volonté souveraine de la collectivité toute entière. Les droits reconnus par la loi aux Gitksan et aux Wet'suwet'en, sur lesquels la présente action porte exclusivement et qui ne laissent de place à aucune autre approche que l'application de la loi elle-même, de même que les droits reconnus par la loi à tous les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, ne constituent qu'un seul des facteurs qui détermineront, en définitive, quelle genre de collectivité nous aurons dans les années à venir, non seulement en Colombie-Britannique, mais partout au Canada. [Je souligne.]

(Voir également le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2 (*Une relation à redéfinir*), partie 2, aux pp. 561 et 562.)

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement des principes énoncés dans les présents motifs. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je souscris aux motifs du Juge en chef. J'ajoute que je suis en outre largement en accord avec les commentaires du juge La Forest.

* * *

ANNEXE 1

Appelants

DELGAMUUKW, connu également sous le nom d'Earl Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Delgamuukw et Haaxw

GISDAY WA, connu également sous le nom d'Alfred Joseph, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gisday Wa

NII KYAP, connu également sous le nom de Gerald Gunanoot, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nii Kyap

208

209

LELT, also known as Lloyd Ryan, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Lelt and Haak'w

ANTGULILBIX, also known as Mary Johnson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Antgulilbix

TENIMGYET, also known as Arthur Matthews, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Tenimgyet

GOOHLAHT, also known as Lucy Namox, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Goohlaht and Samooh

KLIYEM LAX HAA, also known as Eva Sampson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Kliiyem Lax Haa and Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, also known as Stanley Williams, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwis Gyen

KWEESE, also known as Florence Hall, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Kweese

DJOGASLEE, also known as Walter Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Djogaslee

GWAGL'LO, also known as Ernest Hyzims, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwagl'lo and Duubisxw

GYOLUGYET, also known as Mary McKenzie, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gyolugyet

GYETM GALDOO, also known as Sylvester Green, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gyetm Galdoo and Wii'Goob'l

HAAK ASXW, also known as Larry Wright, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haak Asxw

LELT, connu également sous le nom de Lloyd Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Lelt et Haak'w

ANTGULILBIX, connue également sous le nom de Mary Johnson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Antgulilbix

TENIMGYET, connu également sous le nom d'Arthur Matthews, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Tenimgyet

GOOHLAHT, connue également sous le nom de Lucy Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Goohlaht et Samooh

KLIYEM LAX HAA, connue également sous le nom d'Eva Sampson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Kliiyem Lax Haa et Wii'mugulsxw

GWIS GYEN, connu également sous le nom de Stanley Williams, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwis Gyen

KWEESE, connue également sous le nom de Florence Hall, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Kweese

DJOGASLEE, connu également sous le nom de Walter Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Djogaslee

GWAGL'LO, connu également sous le nom d'Ernest Hyzims, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwagl'lo et Duubisxw

GYOLUGYET, connue également sous le nom de Mary McKenzie, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gyolugyet

GYETM GALDOO, connu également sous le nom de Sylvester Green, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gyetm Galdoo et Wii'Goob'l

HAAK ASXW, connu également sous le nom de Larry Wright, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haak Asxw

GEEL, also known as Walter Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Geel

HAALUS, also known as Billy Morrison, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Haalus

WII HLENGWAX, also known as Herbert Burke, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Hlengwax

LUUTKUDZIIWUS, also known as Ben McKenzie, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luutkudziiwus

MA'UUS, also known as Jeffrey Harris, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma'uus

MILUU LAK, also known as Alice Jeffery, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Miluu Lak and Haiwas

NIKA TEEN, also known as James Woods, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Nika Teen

SKIIK'M LAX HA, also known as John Wilson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Skiik'm Lax Ha

WII MINOSIK, also known as Robert Stevens, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Minosik

GWININ NITXW, also known as Solomon Jack, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwinin Nitxw

GWOIMT, also known as Kathleen Wale, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gwoimt and Tsabux

LUUS, also known as Jeffrey Harris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Luus

GEEL, connu également sous le nom de Walter Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Geel

HAALUS, connu également sous le nom de Billy Morrison, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Haalus

WII HLENGWAX, connu également sous le nom d'Herbert Burke, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Hlengwax

LUUTKUDZIIWUS, connu également sous le nom de Ben McKenzie, père, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luutkudziiwus

MA'UUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma'uus

MILUU LAK, connue également sous le nom d'Alice Jeffery, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Miluu Lak et Haiwas

NIKA TEEN, connu également sous le nom de James Woods, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Nika Teen

SKIIK'M LAX HA, connu également sous le nom de John Wilson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Skiik'm Lax Ha

WII MINOSIK, connu également sous le nom de Robert Stevens, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Minosik

GWININ NITXW, connu également sous le nom de Solomon Jack, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwinin Nitxw

GWOIMT, connue également sous le nom de Kathleen Wale, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gwoimt et Tsabux

LUUS, connu également sous le nom de Jeffrey Harris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Luus

NIIST, also known as David Blackwater, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Niist and Baskyelaxha

SPOOKW, also known as Steven Robinson, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Spookw and Yagosip

WII GAAK, also known as Neil Sterritt, Sr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wii Gaak

DAWAMUXW, also known as Charlie Clifford, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Dawamuxw

GITLUDAHL, also known as Peter Muldoe, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Gitludahl and Wiigyet

GUXSAN, also known as Herbert Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Guxsan

HANAMUXW, also known as Joan Ryan, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Hanamuxw

YAL, also known as George Turner, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Yal

GWIIYEEHL, also known as Chris Skulsh, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gwiiyeehl

SAKXUM HIGOOKX, also known as Vernon Smith, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Sakxum Higookx

MA DEEK, also known as James Brown, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Ma Deek

WOOS, also known as Roy Morris, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Woos

NIIST, connu également sous le nom de David Blackwater, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Niist et Baskyelaxha

SPOOKW, connu également sous le nom de Steven Robinson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Spookw et Yagosip

WII GAAK, connu également sous le nom de Neil Sterritt, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wii Gaak

DAWAMUXW, connu également sous le nom de Charlie Clifford, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Dawamuxw

GITLUDAHL, connu également sous le nom de Peter Muldoe, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Gitludahl et Wiigyet

GUXSAN, connu également sous le nom d'Herbert Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Guxsan

HANAMUXW, connue également sous le nom de Joan Ryan, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hanamuxw

YAL, connu également sous le nom de George Turner, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Yal

GWIIYEEHL, connu également sous le nom de Chris Skulsh, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gwiiyeehl

SAKXUM HIGOOKX, connu également sous le nom de Vernon Smith, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Sakxum Higookx

MA DEEK, connu également sous le nom de James Brown, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Ma Deek

WOOS, connu également sous le nom de Roy Morris, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Woos

KNEDEBEAS, also known as Sarah Layton, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Knedebeas

SMOGELGEM, also known as Leonard George, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Smogelgem

KLO UM KHUN, also known as Patrick Pierre, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Klo Um Khun

HAG WIL NEGH, also known as Ron Mitchell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Hag Wil Negh

WAH TAH KEG'HT, also known as Henry Alfred, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Keg'ht

WAH TAH KWETS, also known as John Namox, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wah Tah Kwets

WOOSIMLAXHA, also known as Victor Mowatt, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Gutginuxw

XSGOGIMLAXHA, also known as Vernon Milton, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Xsgogimlaxha

WIIGYET, also known as Roy Wesley, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Wiigyet

WII ELAAST, also known as Jim Angus, Jr., suing on his own behalf and on behalf of all the members of the Houses of Wii Elaast and Amagyet

GAXSBGABAXS, also known as Gertie Watson, suing on her own behalf and on behalf of all the members of the House of Gaxsbgabaxs

WIGETIMSCHOL, also known as Dan Michell, suing on his own behalf and on behalf of all the members of the House of Namox

KNEDEBEAS, connue également sous le nom de Sarah Layton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Knedebeas

SMOGELGEM, connu également sous le nom de Leonard George, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Smogelgem

KLO UM KHUN, connu également sous le nom de Patrick Pierre, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Klo Um Khun

HAG WIL NEGH, connu également sous le nom de Ron Mitchell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Hag Wil Negh

WAH TAH KEG'HT, connu également sous le nom d'Henry Alfred, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Keg'ht

WAH TAH KWETS, connu également sous le nom de John Namox, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wah Tah Kwets

WOOSIMLAXHA, connu également sous le nom de Victor Mowatt, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gutginuxw

XSGOGIMLAXHA, connu également sous le nom de Vernon Milton, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Xsgogimlaxha

WIIGYET, connu également sous le nom de Roy Wesley, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Wiigyet

WII ELAAST, connu également sous le nom de Jim Angus, fils, en son propre nom et au nom de tous les autres membres des maisons Wii Elaast et Amagyet

GAXSBGABAXS, connue également sous le nom de Gertie Watson, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Gaxsbgabaxs

WIGETIMSCHOL, connu également sous le nom de Dan Michell, en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la maison Namox

SCHEDULE 2**Those Intervening with the Musqueam Nation**

Delbert Guerin
 Gail Y. Sparrow
 Jim Kew
 Larry Grant
 Leona M. Sparrow
 Mary Charles
 Myrtle McKay
 Nolan Charles
 Susan A. Point
 Chief George Guerin

SCHEDULE 3**Those Intervening with the B.C. Cattlemen's Association**

B.C. Chamber of Commerce
 B.C. Wildlife Federation
 Business Council of British Columbia
 Council of Tourist Associations
 Fisheries Council of British Columbia
 Guideoutfitters Association of British Columbia
 Mining Association of British Columbia
 Pacific Fishermen's Defence Alliance

Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Gitksan Hereditary Chiefs et al.: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Solicitors for the appellants and respondents on the cross-appeal, the Wet'suwet'en Hereditary Chiefs et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

ANNEXE 2**Intervenant avec la Nation Musqueam**

Delbert Guerin
 Gail Y. Sparrow
 Jim Kew
 Larry Grant
 Leona M. Sparrow
 Mary Charles
 Myrtle McKay
 Nolan Charles
 Susan A. Point
 Chef George Guerin

ANNEXE 3**Intervenant avec la B.C. Cattlemen's Association**

B.C. Chamber of Commerce
 B.C. Wildlife Federation
 Business Council of British Columbia
 Council of Tourist Associations
 Fisheries Council of British Columbia
 Guideoutfitters Association of British Columbia
 Mining Association of British Columbia
 Pacific Fishermen's Defence Alliance

Pourvoi accueilli en partie; pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Gitksan et autres: Rush, Crane, Guenther & Adams, Vancouver.

Procureurs des appelants et intimés dans le pourvoi incident, les chefs héréditaires Wet'suwet'en et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the respondent and appellant on the cross-appeal, Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia: Arvay, Finlay, Victoria.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Solicitors for the intervener the Westbank First Nation: Woodward and Company, Victoria.

Solicitors for the interveners the Musqueam Nation et al.: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitor for the interveners the B.C. Cattlemen's Association, et al.: J. Keith Lowes, Vancouver.

Solicitors for the intervener Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener Alcan Aluminium Ltd.: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

Procureurs de l'intimée et appelante dans le pourvoi incident, Sa Majesté la Reine du chef de la Province de la Colombie-Britannique: Arvay, Finlay, Victoria.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le First Nations Summit: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Westbank: Woodward and Company, Victoria.

Procureurs des intervenants la Nation Musqueam et autres: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur des intervenants la B.C. Cattlemen's Association et autres: J. Keith Lowes, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Skeena Cellulose Inc.: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Alcan Aluminium Ltée: Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver.

Victor Kudmani *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KUDMANI

File No.: 26030.

1997: December 1.

Present: Cory, McLachlin, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.

MOTION TO QUASH AN APPEAL

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Motion to quash appeal granted.

MOTION to quash an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1997] Q.J. No. 992 (QL), J.E. 97-810, R.J.P.Q. 97-171, setting aside the accused's acquittal and substituting a verdict of guilty. Motion granted.

Clément Monterosso, for the appellant.

Martin Lamontagne, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ CORY J. — We are all of the view that the respondent's motion to extend the time to file a motion to quash the appeal should be granted.

² We are all of the view that the only basis for the trial judge's acquittal of the appellant was his consideration of the unlawfully admitted medical report. Apart from that conclusion, the judge drew all the factual inferences necessary to support a verdict of guilty.

³ The Court of Appeal did not err in substituting a verdict of guilty. The motion to quash the appeal is therefore granted.

Victor Kudmani *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KUDMANI

N° du greffe: 26030.

1997: 1^{er} décembre.

Présents: Les juges Cory, McLachlin, Iacobucci, Major et Bastarache.

REQUÊTE EN ANNULATION D'UN APPEL

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Requête en annulation d'appel accordée.

REQUÊTE en annulation d'un appel contre un jugement de la Cour d'appel du Québec, [1997] A.Q. n° 992 (QL), J.E. 97-810, R.J.P.Q. 97-171, qui a cassé l'acquittement de l'accusé et substitué un verdict de culpabilité. Requête accordée.

Clément Monterosso, pour l'appelant.

Martin Lamontagne, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE CORY — Nous sommes tous d'avis d'accorder la requête de l'intimée en vue de proroger le délai pour demander l'annulation de l'appel.

Nous sommes tous d'avis que la seule raison qui a permis au juge de première instance d'acquitter l'appelant est sa considération du rapport médical illégalement admis. Hormis cette conclusion, le juge a tiré toutes les inférences factuelles nécessaires pour appuyer un verdict de culpabilité.

La Cour d'appel n'a commis aucune erreur en substituant un verdict de culpabilité. La requête pour l'annulation de l'appel est donc accordée.

Motion granted.

Requête accordée.

*Solicitor for the appellant: Clément Monterosso,
Montreal.*

*Procureur de l'appellant: Clément Monterosso,
Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Michel-F. Denis,
Montreal.*

*Procureur de l'intimée: Michel-F. Denis,
Montréal.*



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 7, 1997 Vol. 3

and Tables

Cited as [1997] 3 S.C.R. { i-lvi
1145-1315

7^e cahier, 1997 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1997] 3 R.C.S. { i-lvi
1145-1315

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Office Manager
SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant
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, 1998.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xvii
Table of Cases Cited.....	xxv
Statutes and Regulations Cited.....	xlili
Authors Cited.....	xlvii
Index.....	1301

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd. 1210

Torts — Duty to warn — Manufacturer and supplier — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS
MARCELLE GENDRON

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Réviseurs techniques
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
CLAUDINE GUENETTE

Chef de bureau
SUZANNE GIGUÈRE

Adjointe à l'édition
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, 1998.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxi
Table de la jurisprudence.....	xxv
Lois et règlements cités.....	xlv
Doctrine citée.....	xlvii
Index.....	1309

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd. 1210

Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde — Fabricant et fournisseur — Un incendie s'est déclaré à bord

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether shipbuilder and system manufacturer had duty to warn rig owner of inflammability of product used in system — Whether shipbuilder's duty to warn excluded by its contract with rig owner — Whether manufacturer entitled to rely on learned intermediary defence.

Torts — Causation — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether failure to warn rig owner of inflammability of product used in heat trace system caused loss.

Torts — Contractual relational economic loss — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Whether companies leasing rig can recover economic loss resulting from shutdown of rig for repairs.

Torts — Contributory negligence — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether rig owner's contributory negligence in operating heat trace system without ground fault circuit breaker system bars its claims — Whether maritime contributory negligence bar should be eliminated.

Lewis (Guardian *ad litem* of) v. British Columbia..... 1145

Torts — Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to remove rocks from cliff face — Contractor performing work negligently; leaving rocks protruding from cliff face — Driver fatally injured when one of rocks fell from cliff face and crashed through his windshield — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

Mochinski v. Trendline Industries Ltd. 1176

Torts — Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to perform road maintenance work — Driver injured after block of ice fell on highway — Contractor negligent in failing to remove overhanging ice block or failing to clear ditch — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A. 1278

Maritime law — Procedure — Expert evidence — Assessors — Insurer bringing action against owners of ship involved in collision — Trial judge refusing to permit expert evidence because assessors had been appointed to assist her — Whether rule against expert evidence where judge sits with assessors in admiralty cases violates *audi alteram partem* principle — Whether rule should be revised.

R. v. F. (C.C.)..... 1183

Criminal law — Videotape evidence — Children — Videotape

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le constructeur naval et le fabricant du système étaient-ils tenus de prévenir le propriétaire de la plate-forme de l'inflammabilité du produit utilisé dans le système? — L'obligation de mise en garde du constructeur naval était-elle écartée en raison du contrat conclu avec le propriétaire de la plate-forme? — Le fabricant a-t-il le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent?

Responsabilité délictuelle — Lien de causalité — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le défaut de mettre en garde le propriétaire de la plate-forme contre l'inflammabilité du produit utilisé dans le système de réchauffage des conduites a-t-il causé la perte?

Responsabilité délictuelle — Perte économique relationnelle découlant d'un contrat — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — Les sociétés qui ont loué la plate-forme peuvent-elles être indemnisées de la perte économique subie à la suite de l'arrêt d'exploitation de la plate-forme pendant les réparations?

Responsabilité délictuelle — Négligence contributive — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — La négligence contributive du propriétaire de la plate-forme qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans disjoncteur de fuite à la terre constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations? — La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en droit maritime devrait-elle être supprimée?

Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique 1145

Responsabilité délictuelle — Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial engageant un entrepreneur indépendant pour retirer des roches d'une falaise — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en laissant des aspérités rocheuses — Conducteur atteint mortellement lorsque l'un de ces blocs de roc s'est détaché de la falaise et a défoncé le pare-brise de son véhicule — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

Mochinski c. Trendline Industries Ltd. 1176

Responsabilité délictuelle — Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial confiant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

made of child-complainant's testimony shortly after alleged crime and admitted into evidence on adoption by child — Requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 of the Criminal Code — Whether voir dire necessary — Effect of inconsistencies between child's viva voce evidence and videotaped statement — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

SOMMAIRE (Fin)

l'entretien d'une route à un entrepreneur indépendant — Conducteur blessé à la suite de la chute d'un bloc de glace sur la route — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en n'enlevant pas un bloc de glace en surplomb ou en ne nettoyant pas le fossé — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A. 1278

Droit maritime — Procédure — Témoignage d'experts — Assesseurs — Action de l'assureur contre les propriétaires du navire impliqué dans l'abordage — Le juge de première instance a refusé d'autoriser le témoignage d'experts parce que des assesseurs ont été nommés pour l'assister — La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge est assisté d'assesseurs dans les affaires d'amirauté viole-t-elle le principe audi alteram partem? — La règle devrait-elle être modifiée?

R. c. F. (C.C.) 1183

Droit criminel — Enregistrement magnétoscopique — Enfants — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de l'enfant plaignant réalisé peu de temps après le crime reproché et admis en preuve après sa confirmation par celle-ci — Conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1 du Code criminel — Un voir-dire était-il nécessaire? — Effet des incohérences entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.



1997 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Office Manager
Suzanne Giguère

Editorial Assistant
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêstistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Christian C.-Després
Marcelle Gendron

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty
Claudine Guenette

Chef de bureau
Suzanne Giguère

Adjointe à l'édition
Ingrid Loyola-Nazareth

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

On the 30th day of September 1997, the Honourable Gerard V. La Forest, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, resigned from the Bench.

On the 30th day of September 1997, the Honourable Michel Bastarache, a Judge from the New Brunswick Court of Appeal, was appointed Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

On the 24th day of November 1997, the Honourable John Sopinka, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, died.

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

L'honorable Gérard V. La Forest, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a résigné ses fonctions le 30 septembre 1997.

Le 30 septembre 1997, l'honorable Michel Bastarache, juge de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

L'honorable John Sopinka, juge puîné à la Cour suprême du Canada, est décédé le 24 novembre 1997.

ERRATA

[1995] 2 S.C.R. p. 1174, para. 106, line 2 of the French version. Read “ont un lien” instead of “ont un lieu”.

[1997] 1 S.C.R. p. 705, para. 198 of the French version. Delete the underlining.

[1995] 2 R.C.S. p. 1174, par. 106, ligne 2 de la version française. Lire «ont un lien» au lieu de “ont un lieu”.

[1997] 1 R.C.S. p. 705, par. 198 de la version française. Enlever le soulignement.

MOTIONS — REQUÊTES
(September 1 to December 31, 1997 — 1^{er} septembre au 31 décembre 1997)

- 100242 Canada Inc. (Uniprix Inc.) c. Proulx* (Qué.), 26249, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 561895 Ontario Inc. v. Metropolitan Trust Co. of Canada* (Ont.), 26191, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.F. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26123, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- A.M.S. c. W.D.C.* (Qué.), 26228, leave to appeal refused, 7.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Aarvi Construction Co. v. Morin* (Ont.), 25949, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Abouchar v. Conseil scolaire de langue française d'Ottawa-Carleton -- Section publique* (Ont.), 25899, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Air Canada v. Air Treads of Canada Ltd.* (Ont.), 25984, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Pharmaceutical Association v. Finlay* (Alta.), 26080, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alco Dispensing Canada Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26202, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alexander v. Habib* (Ont.), 25950, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alta Surety Co. v. Campbell Comeau Engineering Ltd.* (N.S.), 26098, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arp v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26100, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Canada v. Canadianoxy Chemicals Ltd.* (Crim.)(B.C.), 25944, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of Canada v. Schreiber* (F.C.A.)(Crim.)(Alta.), 26039, leave to appeal granted, 4.9.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Avrith c. Miller* (Qué.), 26003, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.C. c. M.E.K.* (Qué.), 25920, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- B.D. v. The Queen in right of the province of British Columbia* (B.C.), 26025, leave to appeal refused, 9.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- B.M.-L. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26137, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Baddeley v. Duncan* (Alta.), 26046, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Baker v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 25823, leave to appeal granted, 4.9.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Bara Academy of Business Sciences Ltd. v. The Queen in Right of Alberta* (Alta.), 26036/37, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beck v. Beck* (Sask.), 26087, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beno v. Létourneau* (F.C.A.)(Ont.), 26058, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bérard c. Compagnie Montréal Trust* (Qué.), 25908, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bergevin c. Brasserie Labatt Inc.* (Qué.), 25978, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bird Construction Co. v. Sault Ste. Marie Public Utilities Commission* (Ont.), 26111, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Board of Education for the City of Toronto v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 25884, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Board of Education of the Eston-Elrose School Division No. 33 of Saskatchewan v. Leavins* (Sask.), 26188, leave to appeal refused with costs, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bonamy v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26063, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bonamy v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26247, leave to appeal refused, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Boutet c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 26010, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bracklow v. Bracklow* (B.C.), 26178, leave to appeal granted, 18.12.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Brass v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26109, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Bray v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 25909, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Brill v. Duckett* (Alta.), 26184, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Brotherhood of Maintenance of Way Employees c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada* (Qué.), 25937, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brough v. Giroday* (B.C.), 26124, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brouillette c. Société d'agriculture du comté de Verchères* (Qué.), 25791, vu les arrêts *Construction Gilles Paquette Ltée c. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) et *Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.)(25093), in view of the decisions in *Construction Gilles Paquette Ltée v. Entreprises Végo Ltée* (Qué.)(25090) and *Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation* (Qué.)(25093), the case is remanded to the Quebec Court of Appeal to be decided having regard to the reasons in the said decisions, 16.10.97, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts.
- Bullock v. Key Property Management Inc.* (Ont.), 26074, in view of the decisions in *The Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank of Canada* (Alta.)(25189) and *Gold v. Primary Developments Ltd.* (Ont.)(25064), the case is remanded to the Court of Appeal of Ontario to be decided having regard to the reasons in the said decisions, the whole without costs, 27.11.97, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle en décide, eu égard aux motifs desdits arrêts, le tout sans frais.
- Burke v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25980, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Burns v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 26211, leave to appeal refused, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Canada Employment and Immigration Commission v. Nielsen* (F.C.A.)(B.C.), 26194, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Lawyers' Insurance Association v. Yang* (Alta.), 26043, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Cape Breton Beverages Ltd. v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 26148, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Carousel Travel 1982 Inc. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26162, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Carter v. Boardman* (N.B.), 25921, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ceminchuk v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 26265, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Central Supply Company (1972) Ltd. v. The Queen* (F.C.A.) (Ont.), 26164, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Chabot c. Lahlou* (Qué.), 25869, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Charalambous v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26106, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Children's Foundation v. Bazley* (B.C.), 26013, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- City of Calgary v. Calgary Police Association* (Alta.), 25979, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commercial Union Assurance Co. of Canada v. City of Surrey* (B.C.), 26006, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire Crie c. Lefebvre* (Qué.), 25974, leave to appeal refused with costs, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Congress of Aboriginal Peoples v. Twinn* (F.C.A.)(Alta.), 26169, leave to appeal refused with costs, 1.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Construction McNicoll Inc. c. Royal Trust Co.* (Qué.), 25873, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corbin v. City of Winnipeg* (Man.), 26054, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the Township of Langley v. T & T Mushroom Farm Ltd.* (B.C.), 26160, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- County of Athabasca No. 12 v. Lachance* (Alta.), 25913, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D.D.W. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25970, leave to appeal granted with respect to grounds three and four only, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée quant aux troisième et quatrième moyens seulement.
- Dasilva v. Corporation of the City of Toronto* (Ont.), 26086, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- De L'Isle c. Succession de feu Jochem Carton* (Qué.), 26190, leave to appeal refused with costs, 4.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- De Niverville c. Ministre du Revenu national* (C.A.F.)(Qué.), 26075, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dekany v. Bank of Canada* (Ont.), 26038, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Del Grande v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 26053, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Delisle c. Procureur général du Canada* (Qué.), 25926, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Des Champs v. Conseil des écoles séparées catholiques de langue française de Prescott-Russell* (Ont.), 25898, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Descoteaux c. Barreau du Québec* (Qué.), 26023, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Descoteaux c. Barreau du Québec* (Qué.), 26024, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Desfossés c. Rock* (C.A.F.)(Crim.)(Qué.), 26131, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Deslauriers c. Labelle* (Qué.), 26115, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dobson v. Dobson* (N.B.), 26152, leave to appeal granted, 20.11.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Dorfman v. National Trust Co.* (Ont.), 25903, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duchesne c. Giasson* (Qué.), 25904, leave to appeal refused with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dykun v. Odishaw* (Alta.), 26113, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- E.H. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25321, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Eggleston v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26159, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Elguindi v. Canada (Minister of Health)* (F.C.A.)(Ont.), 26090, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Émond c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26067, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- FBI Foods Ltd. v. Cadbury Schweppes Inc.* (B.C.), 25778, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 4.9.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident accordées.
- F.L. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26138, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Fabrikant c. Concordia University* (Qué.), 25850, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Federated Insurance Co. of Canada v. Manitoba Public Insurance Corporation* (Man.), 25998, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fednav International Ltd. c. Sidmar N.V.* (C.A.F.)(Qué.), 25961, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fleet v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 25863, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Fondations Sylvon Roy Inc. c. Trust général du Canada* (Qué.), 25977, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ford Motor Co. of Canada, Ltd. v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(Ont.), 26084, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Forges du Lac Inc. c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26085, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Fournier c. Jacques Léger & Associés* (Qué.), 25818, leave to appeal refused, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Furtak v. The Queen* (Man.), 26117, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Gale v. Hominick* (Man.), 26002, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Gan Canada Insurance Co. v. Prasad* (Ont.), 26135, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gauvin v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 25994, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Genaille v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26196, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Genge v. Parrill* (Nfld.), 25948, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gillespie v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26061, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Godin v. Minister of Health and Community Services* (N.B.), 26005, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Godoy v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26078, leave to appeal granted, 6.11.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Golden Griddle Corporation v. Corporation of the City of Toronto* (Ont.), 26101, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Goodman v. Royal Insurance Co. of Canada* (Man.), 26141, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Grail v. Hall* (Ont.), 25702, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 6.11.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident accordées.
- Grande v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 26053, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Green c. Surchin* (Qué.), 25841, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greif Containers Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 26065, leave to appeal granted, 18.12.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Grimm v. Reidy Motors Ltd.* (Alta.), 26189, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hall v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Sask.), 26069, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hartford Accident and Indemnity Co. v. Maritime Life Assurance Co.* (N.S.), 26012, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hetherington v. Estate of Frances McDonic* (Ont.), 25864, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hogarth v. Hall* (Ont.), 25702, leave to appeal and leave to cross-appeal granted, 6.11.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident accordées.
- Hotel Employees and Restaurant Employees International Union, Local 662 v. Future Inns Canada Inc.* (N.S.), 25993, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hublall v. Mills* (Ont.), 25916, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Huck v. Komol Plastics Co.* (B.C.), 26076, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Hurley v. United States of Mexico* (Crim.)(Ont.), 26122, notice of discontinuance filed, 30.9.97, avis de désistement produit.
- Ignace v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26185, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Investissements Imqua Inc. c. Ville de Québec* (Qué.), 25765, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Karpeta v. CIRC Radio Inc.* (Ont.), 25985, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kuntz v. McGraw* (B.C.), 26183, leave to appeal refused, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Kuyumcuoglu v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25957, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.

- L.J.S. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26055, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Labelle c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26157, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Labourers' International Union of North America v. Ontario Construction Secretariat* (Ont.), 26040, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lamarche McGuinty Inc. c. Ryan* (Qué.), 25685, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Larose c. Ville de Mascouche* (Qué.), 26114, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Latouche c. Raymond Chabot Fafard Gagnon Inc.* (Qué.), 26052, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Laurentian Pacific Insurance Co. v. General Accident Assurance Co. of Canada* (Alta.), 25955, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lebel c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 25958, leave to appeal refused with costs, 4.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lécuyer c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 25900, leave to appeal refused with costs, 9.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lee v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(B.C.), 26099, leave to appeal refused with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lehner v. Minister of National Revenue* (F.C.A.)(Sask.), 26047/48, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lerch v. Cableshare Inc.* (Ont.), 26007, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Levesque v. Health Sciences Centre* (Man.), 25936, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lévesque, Beaubien, Geoffrion Inc. c. Bouchard* (Qué.), 25966, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lindsay v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26150, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lisenko c. Commission scolaire St-Hyacinthe Valmonts* (Qué.), 26104, leave to appeal refused with costs, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Loiselle c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 26105, leave to appeal refused, 4.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Loiselle c. La Reine* (C.A.F.)(Qué.), 26070, leave to appeal refused with costs, 4.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lumen Inc. c. Procureur général du Canada* (Crim.)(Qué.), 26187, leave to appeal refused, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lunn v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 26143, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lussier c. Centre d'hébergement Champlain* (Qué.), 25968, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Lyne v. Canada (National Capital Commission)* (Ont.), 26170, leave to appeal refused, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- M.B.B. c. Pagé* (Qué.), 25915, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd. (Alta.), 25975, leave to appeal granted on the following issues:

Does the standard clause (the lowest or any tender shall not necessarily be accepted), also known as the privilege clause, allow a person calling for tenders to completely disregard the lowest proper and acceptable valid tender and to award the contract to anyone, including a non-compliant tenderer or to a contractor which did not submit a tender through the tendering process?

Does this clause allow the person calling for tenders an absolute and unfettered discretion in awarding the contract?

Does this clause allow the person calling for tenders to then commence bid shopping with contractors submitting tenders and contractors not submitting tenders?

16.10.97, autorisation de pourvoi accordée à l'égard des questions suivantes:

Est-ce que la clause type (ni la plus basse ni aucune autre des soumissions ne sera nécessairement acceptée) connue sous le nom de clause de désistement («*privilege clause*») autorise la personne qui a lancé l'appel d'offres à ne tenir aucun compte de la soumission valide et acceptable la plus basse et à adjuger le contrat à qui elle veut, y compris à l'auteur d'une soumission non conforme ou à un entrepreneur qui n'a pas présenté de soumission dans le cadre de l'appel d'offres?

Cette clause accorde-t-elle à la personne qui a lancé l'appel d'offres un pouvoir discrétionnaire absolu et illimité dans l'adjudication du contrat?

Cette clause autorise-t-elle la personne qui a lancé l'appel d'offres à commencer le marchandage des soumissions avec des entrepreneurs qui ont présenté une soumission et des entrepreneurs qui n'en ont pas présentée?

M.R.M. v. The Queen (Crim.)(N.S.), 26042, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.

M.S. v. The Queen (Crim.)(B.C.), 26229, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.

MacDonald v. Corporation of the Village of Bayfield (Ont.), 26088, leave to appeal refused with costs, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

MacInnis v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 25877, leave to appeal refused, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée.

MacKinnon v. MacDonald (N.S.), 25963, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Maddeaux v. The Queen (Crim.)(Ont.), 26097, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.

Manno c. United States of America (Crim.)(Qué.), 26093, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.

Marciniak v. The Queen (Crim.)(Ont.), 25982, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.

Maritime Life Assurance Co. v. Schwartz (Nfld.), 26103, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Marshall v. The Queen (N.S.), 26014, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.

McDowall v. Showdra (Ont.), 26127, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.

McMillan v. Rural Municipality of Thompson (Man.), 26095, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.

Mercier v. Minister of Justice (Alta.), 26060, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Merck & Co. Inc. v. Minister of Health and Welfare (F.C.A.)(Ont.), 25812, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Mercury v. The Queen in right of the province of Manitoba (Man.), 26149, leave to appeal refused with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Mian v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.)(Ont.), 26110, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of Health and Community Services v. M.P.-F.* (N.B.), 26119, leave to appeal refused, 30.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Minister of Justice v. Burns* (Crim.)(B.C.), 26129, leave to appeal granted, 4.12.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Moghbel c. The Queen* (C.A.F.)(Qué.), 25953, leave to appeal refused with costs, 9.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mongrain c. Compagnie d'assurance générale Les Coopérants* (Qué.), 25861, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Montambreault c. Brazeau* (Qué.), 25808, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moore v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26044, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrisey v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 26112, notice of discontinuance filed, 1.10.97, avis de désistement produit.
- Nash v. CIBC Trust Corporation* (Ont.), 25910, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nenadic v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 26021, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Netupsky v. Association of Professional Engineers and Geoscientists of the province of British Columbia* (B.C.), 26206, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nguiagain c. Fonds pour la formation des chercheurs et l'aide à la recherche* (Qué.), 25796, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nu-Pharm Inc. v. Janssen Pharmaceutica Inc.* (F.C.A.) (Ont.), 25956, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nutron Manufacturing Ltd. v. Almecon Industries Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 25942, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Brien v. Board of School Trustees of School District No. 39 (Vancouver)* (B.C.), 26140, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Offshore Leasing Inc. v. Adelaide Capital Corporation* (N.S.), 25318, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Olds Aviation Ltd. v. McFetridge* (Alta.), 25965, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Olson (Clifford Robert) v. The Queen* (F.C.A.)(Crim.)(Sask.), 26019, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Olson (Victor Brian) v. Law Society of Manitoba* (Man.), 25959, leave to appeal refused with costs, 6.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- P.H.D.L. Holdings Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(P.E.I.), 26142, leave to appeal refused with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pascal v. Walker* (Crim.)(B.C.), 26186, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Patel v. Department of National Health and Welfare Canada* (F.C.A.)(Ont.), 25997, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Peacock v. Morin* (Alta.), 25962, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perry v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26167, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Picken c. Grenier* (Qué.), 25976, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pierce v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25885, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Pierre Moreault Ltée c. Sauvé* (Qué.), 25817, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Placements Marcel Lauzon Ltée c. Bolduc* (Qué.), 26144, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poidinger c. Ville de Vaudreuil* (Qué.), 25971, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prasad v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26175, leave to appeal refused, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Privest Properties Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.* (B.C.), 25952, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Prokopiak v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25906, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Quinn v. Canadian Airlines International Ltd.* (Ont.), 26094, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Bauder* (Crim.)(Man.), 26108, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Browne* (Crim.)(Ont.), 26146, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Cocker* (Crim.)(B.C.), 26091, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Diversified Holdings Ltd.* (F.C.A.)(B.C.), 26000, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. c. Gagné* (Crim.)(Qué.), 25967, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Kabbabe* (Crim.)(Qué.), 25858, leave to appeal granted, 20.11.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Klassen* (Crim.)(Yuk.), 26210, leave to appeal refused, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. L.J.D.* (Crim.)(P.E.I.), 25990, leave to appeal refused, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Nova Corporation of Alberta* (F.C.A.)(Ont.), 26064, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Prescod* (Crim.)(Ont.), 25712, leave to appeal refused, 4.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Scott* (Crim.)(Man.), 26089, leave to appeal refused, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Stone* (Crim.)(B.C.), 26032, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Sundown* (Crim.)(Sask.), 26161, leave to appeal granted, 20.11.97, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Whitford* (Crim.)(Alta.), 25981, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of Canada v. Del Zotto* (F.C.A.)(Crim.)(Ont.), 26174, leave to appeal granted, 18.12.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Rapatax (1987) Inc. v. Cantax Corporation Ltd.* (Alta.), 26035, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ravikovich v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (Ont.), 26096, leave to appeal refused with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Raymond Chabot Inc. c. Alias* (Qué.), 25995, leave to appeal and leave to cross-appeal dismissed with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées avec dépens.
- Reed v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25820, leave to appeal refused, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Rey v. The Queen* (Crim.)(Man.), 26073, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Rheault c. Lebel* (Qué.), 26281, leave to appeal refused with costs, 24.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Rhingo v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26001, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Richmond v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 26017, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roy c. Sauvé* (Qué.), 25843, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Bank of Canada v. W. Got & Associates Electric Ltd.* (Alta.), 26081, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Royal Trust Corporation of Canada v. Armatage Motors Ltd.* (Ont.), 26278, notice of discontinuance filed, 4.12.97, avis de désistement produit.
- Sail Labrador Ltd. v. Owners, Navimar Corporation Ltée* (F.C.A.)(Ont.), 26083, leave to appeal granted and leave to cross-appeal dismissed, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée et autorisation de pourvoi incident refusée.
- Saunders v. Oceanus Marine Inc.* (N.S.), 26066, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sava v. Bates* (Ont.), 26136, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Schrang v. United States of America* (Crim.)(B.C.), 25880, leave to appeal refused, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Scotia Bond Co. v. Williamson* (N.S.), 26182, leave to appeal refused, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Simonyi-Gindele v. Attorney General of British Columbia* (Crim.)(B.C.), 26008, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sioui c. Sous-ministre du Revenu du Québec* (Qué.), 25829, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sous-ministre du Revenu du Québec c. Laplante* (Qué.), 25798, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Sriram v. Michaelis* (Ont.), 26236, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stephen Robertson Equipment Co. v. Gregory* (Ont.), 26193, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stone v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25969, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Succession André Dubois c. Ministère des Transports du Québec* (Qué.), 26011, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Succession Réal Ethier c. Assurance-Vie Desjardins* (Qué.), 25986, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Susin v. Morin* (Ont.), 25949, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat de l'enseignement de Lanaudière c. Commission scolaire De Le Gardeur* (Qué.), 25874, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des postiers du Canada c. Société canadienne des postes* (Qué.), 25996, leave to appeal refused with costs, 20.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs et des travailleuses du Manoir Richelieu (CSN), c. Poliquin* (Qué.), 25929, leave to appeal refused with costs, 2.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 25960, leave to appeal refused with costs, 11.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor-Jacobi v. Boys' and Girls' Club of Vernon* (B.C.), 26041, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.

- Telus Communications Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 26045, leave to appeal refused with costs, 9.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thériault c. Commission scolaire Outaouais-Hull* (Qué.), 26016, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thérien c. Pellerin* (Qué.), 25848, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thisdèle et Monette Inc. c. Corporation municipale de Val-David* (Qué.), 26133, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thomas (Alexander François) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 25943, leave to appeal granted, 16.10.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Thomas (William D.) v. The Queen in right of the province of Manitoba* (Man.), 26125, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tilley v. United States of America* (Crim.)(Alta.), 26218, leave to appeal refused, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Tod Mountain Development Ltd. v. Deildal* (B.C.), 26077, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Toronto Blue Jays Baseball Club v. Versa Services Ltd.* (Ont.), 26166, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Touche Ross & Co. v. Kripps* (B.C.), 26118, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Triple Five Corporation Ltd. v. Simcoe & Erie Group* (Alta.), 25991, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tsui v. Boardwalk Regency Corporation* (Ont.), 26107, leave to appeal refused with costs, 6.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Varin-Almeida c. Blackburn-Moreault* (Qué.), 25945, leave to appeal refused with costs, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vic Van Isle Construction Ltd. v. Board of School Trustees of School District No. 23 (Central Okanagan)* (B.C.), 26015, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Hydro-Québec* (Qué.), 26139, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Verdun c. Allstate du Canada compagnie d'assurance* (Qué.), 26082, leave to appeal refused with costs, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wall v. McCleary* (Ont.), 26208, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Webb v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25999, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Weiss v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 26092, leave to appeal refused with costs, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wellington Insurance Co. v. Grayson* (B.C.), 26220, leave to appeal refused, 27.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Western Delta Land Inc. v. Zurich Indemnity Co. of Canada* (B.C.), 26199, leave to appeal refused with costs, 18.12.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- White v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 25983, leave to appeal refused, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams (Jeffrey Hugh) v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 26059, leave to appeal refused, 16.10.97, autorisation de pourvoi refusée.

- Williams (Marilyn) c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 26145, leave to appeal refused, 13.11.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Windisch-Laroche c. Biron* (Qué.), 25911, leave to appeal refused, 11.12.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Winters v. Legal Services Society* (Crim.)(B.C.), 26180, leave to appeal granted, 18.12.97, autorisation de pourvoi accordée.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. Kovach* (B.C.), 25784, upon the applications of the Workers' Compensation Board of British Columbia and Dr. G.S. Singh for leave to appeal to this Court from the decision of the British Columbia Court of Appeal dated Dec. 2, 1996, quashing the Board's Certificate issued under s. 11 of the *Workers' Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 437, it is ordered that the matters which are subject of the said judgment are hereby remanded to the Court of Appeal of British Columbia to be considered and dealt with in accordance with this Court's judgment in *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, 16.10.97, sur demandes présentées par la Workers' Compensation Board (la "Commission") de la Colombie-Britannique et le D^r G.S. Singh en vue d'obtenir l'autorisation d'appeler à notre Cour de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datée du 2 décembre 1996, annulant le certificat délivré par la commission en application de l'art. 11 de la *Workers' Compensation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 437, il est ordonné que les questions faisant l'objet du jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique soient renvoyées à ce tribunal pour réexamen et décision conformément à l'arrêt de notre Cour *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890.
- Xinos v. Minister of Human Resources Development* (F.C.A.)(Ont.), 26009, leave to appeal refused with costs, 25.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zborovsky v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 26062, leave to appeal refused, 23.10.97, autorisation de pourvoi refusée.
- Zegil v. Opie* (Ont.), 26153, leave to appeal and leave to cross-appeal dismissed with costs, 13.11.97, autorisation de pourvoi et autorisation de pourvoi incident refusées avec dépens.
- Zurich Compagnie d'Assurances c. Schachter* (Qué.), 25878, leave to appeal refused with costs, 18.9.97, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

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		PAGE
A			
		Canada (Commission of Inquiry on the Blood System), Canada (Attorney General) v.....	440
Allen, R. v.	700	Canada (Commission of the Inquiry on the Blood System), Canadian Red Cross Society v.	440
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Dueck	391
B		Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Oberlander.....	391
		Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobias.....	391
Bablitz, R. v.	1005	Canada (Secretary of State), Benner v.....	389
Belcan S.A., Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v.	1278	Canadian Red Cross Society v. Krever.....	440
Belnavis, R. v.	341	Canadian Red Cross Society v. Canada (Commission of the Inquiry on the Blood System)...	440
Benner v. Canada (Secretary of State).....	389	Charland, R. v.	1006
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Raychem Canada Ltd. v.....	1210	Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada.....	805
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	1210	Commission see also "Canada" or the name of province	
Bow Valley Industries Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.....	1210	D	
British Columbia (Attorney General), Eldridge v.	624	D.F.G., Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v.....	925
British Columbia, Delgamuukw v.	1010	Delgamuukw v. British Columbia.....	1010
British Columbia, Lewis (Guardian <i>ad litem</i> of) v.	1145	Droit de la famille — 2618.....	1003
C		Dueck, Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v.	391
C.C.F., R. v.	1183	E	
C.L., R. v.	1001	Ekmeçic, R. v.	3
C.S., L.S. v.	1003	Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	624
Campbell, R. v.	3		
Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry on the Blood System).....	440		
Canada (Attorney General) v. Hydro-Québec	213		
Canada (Attorney General) v. Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada	440		

	PAGE		PAGE
F		M	
F. (C.C.), R. v.	1183	Manitoba, Judges of the Provincial Court (Man.) v.	3
Feeney, R. v. (order).....	1008	Manitoba (Minister of Justice), Manitoba Provin- cial Judges Assn. v.	3
G		Manitoba (Minister of Justice), Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) v.	3
G. (D.F.), Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v.	925	Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice).....	3
Godbout v. Longueuil (City)	844	Minister see also "Canada" or the name of prov- ince	
Gold v. Primary Developments Ltd.	767	Mochinski v. Trendline Industries Ltd.	1176
Gold v. Rosenberg.....	767		
H		O	
Haberman, Peixeiro v.....	549	Oberlander, Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v.	391
Husky Oil Operations Ltd. v. Saint John Ship- building Ltd.....	1210	Office see also "Canada" or the name of province	
Hydro-Québec, Canada (Attorney General) v.	213		
Hydro-Québec, R. v.	213	P	
J		Peixeiro v. Haberman.....	549
Judges of the Provincial Court (Man.) v. Manito- ba	3	Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais v. Belcan S.A.	1278
		Primary Developments Ltd., Gold v.	767
		Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) v. Manitoba (Minister of Justice).....	3
K		Q	
Krever, Canadian Red Cross Society v.....	440	Quebec (Attorney General), Libman v.....	569
Kudmani, R. v.	1142	Queen see also "R."	
L		R	
L. (C.), R. v.	1001	R. v. Allen	700
L.S. v. C.S.	1003	R. v. Bablitz	1005
Labrecque, R. v.	1001	R. v. Belnavis	341
Lawes, R. v.	694	R. v. C.C.F.	1183
Lewis (Guardian <i>ad litem</i> of) v. British Columbia	1145	R. v. C.L.	1001
Libman v. Quebec (Attorney General).....	569	R. v. Campbell	3
Lifchus, R. v.	320	R. v. Charland	1006
Lloyds Bank Canada, Citadel General Assurance Co. v.	805	R. v. Ekmeccic	3
Longueuil (City), Godbout v.	844	R. v. F. (C.C.)	1183
Ly, R. v.	698	R. v. Feeney (order).....	1008

	PAGE		PAGE
R. v. Hydro-Québec	213	S. (L.) v. S. (C.)	1003
R. v. Kudmani	1142	S. (R.D.), R. v.	484
R. v. L. (C.)	1001	Saint John Shipbuilding Ltd., Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v.	1210
R. v. Labrecque	1001	Saint John Shipbuilding Ltd., Bow Valley Indus- tries Ltd. v.	1210
R. v. Lawes	694	Saint John Shipbuilding Ltd., Husky Oil Opera- tions Ltd. v.	1210
R. v. Lifchus	320	Skalbania, R. v.	995
R. v. Ly	698	Solomon, R. v.	696
R. v. R.D.S.	484		
R. v. S. (R.D.)	484	T	
R. v. Skalbania	995	The Queen see also "R."	
R. v. Solomon	696	Tobiass, Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v.	391
R. v. Wickman	3	Trendline Industries Ltd., Mochinski v.	1176
R.D.S., R. v.	484		
Raychem Canada Ltd. v. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.	1210	U	
Reference Re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court (P.E.I.)	3	United Grain Growers Ltd., Wallace v.	701
Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	3	Union see also under abbreviated name	
Reference re: <i>Provincial Court Act</i> and <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.)	3		
Reference re: <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.), s. 10	3	W	
Reference Re Remuneration of Judges of the Pro- vincial Court (P.E.I.)	3	Wallace v. United Grain Growers Ltd.	701
Reference re Remuneration of Judges of the Pro- vincial Court of Prince Edward Island	3	Wickman, R. v.	3
Rosenberg, Gold v.	767	Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. D.F.G.	925
Royal Commission of Inquiry on the Blood Sys- tem in Canada, Canada (Attorney General) v.	440	Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	925
S			
S. (C.), S. (L.) v.	1003		

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		PAGE
A			
Allen, R. c.	700	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Dueck	391
B			
Bablitz, R. c.	1005	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Oberlander.....	391
Banque Lloyds du Canada, Citadelle (La), Cie d'assurances générales c.	805	Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass.....	391
Belcan S.A., Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c.	1278	Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada) ...	440
Belnavis, R. c.	341	Canada (Procureur général) c. Hydro-Québec	213
Benner c. Canada (Secrétaire d'État)	389	Canada (Secrétaire d'État), Benner c.	389
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Raychem Canada Ltd. c.	1210	Charland, R. c.	1006
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.	1210	Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada.....	805
Bow Valley Industries Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.	1210	Colombie-Britannique, Delgamuukw c.	1010
		Colombie-Britannique, Lewis (Tutrice à l'instance de) c.	1145
		Colombie-Britannique (Procureur général), Eldridge c.	624
		Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
C		D	
C.C.F., R. c.	1183	D.F.G., Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c.	925
C.L., R. c.	1001	Delgamuukw c. Colombie-Britannique	1010
C.S., L.S. c.	1003	Droit de la famille — 2618	1003
Campbell, R. c.	3	Dueck, Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c.	391
Canada (Attorney General) c. Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada	440		
Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), Canada (Procureur général) c.	440	E	
Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada), Société canadienne de la Croix-Rouge c.	440	Ekmecic, R. c.	3

	PAGE		PAGE
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	624	Libman c. Québec (Procureur général)	569
		Lifchus, R. c.	320
		Longueuil (Ville), Godbout c.....	844
		Ly, R. c.	698
F			
F. (C.C.), R. c.....	1183	M	
Feeney, R. c. (ordonnance).....	1008	Manitoba, Judges of the Provincial Court (Man.) c.	3
G		Manitoba (Ministre de la Justice), Manitoba Pro- vincial Judges Assn. c.	3
G. (D.F.), Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c.	925	Manitoba (Minister of Justice), Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) c.	3
Godbout c. Longueuil (Ville).....	844	Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice).....	3
Gold c. Primary Developments Ltd.....	767	Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince	
Gold c. Rosenberg.....	767	Mochinski c. Trendline Industries Ltd.	1176
H			
Haberman, Peixeiro c.	549	O	
Husky Oil Operations Ltd. c. Saint John Shipbuil- ding Ltd.	1210	Oberlander, Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c.....	391
Hydro-Québec, Canada (Procureur général) c.	213	Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. D.F.G.).....	925
Hydro-Québec, R. c.	213	Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)	925
J		Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Judges of the Provincial Court (Man.) c. Manito- ba	3		
K			
Krever, Société canadienne de la Croix-Rouge c.	440	P	
Kudmani, R. c.	1142	Peixeiro c. Haberman.....	549
L		Porto Seguro Companhia De Seguros Gerais c. Belcan S.A.	1278
La Reine voir aussi «R.»		Primary Developments Ltd., Gold c.....	767
L. (C.), R. c.	1001	Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
L.S. c. C.S.	1003	Provincial Court Judges Assn. (Manitoba) c. Manitoba (Minister of Justice).....	3
Labrecque, R. c.	1001		
Lawes, R. c.....	694	Q	
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie- Britannique	1145	Québec (Procureur général), Libman c.	569

	PAGE		PAGE
R			
Reine voir aussi «R.»			
R. c. Allen	700	Rosenberg, Gold c.....	767
R. c. Bablitz.....	1005	Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada, Canada (Attorney General) c.....	440
R. c. Belnavis	341		
R. c. C.C.F.....	1183	S	
R. c. C.L.	1001	S. (C.), S. (L.) c.	1003
R. c. Campbell.....	3	S. (L.) c. S. (C.)	1003
R. c. Charland.....	1006	S. (R.D.), R. c.	484
R. c. Ekmecic	3	Saint John Shipbuilding Ltd., Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c.....	1210
R. c. F. (C.C.).....	1183	Saint John Shipbuilding Ltd., Bow Valley Industries Ltd. c.....	1210
R. c. Feeney (ordonnance).....	1008	Saint John Shipbuilding Ltd., Husky Oil Operations Ltd. c.	1210
R. c. Hydro-Québec	213	Skalbania, R. c.	995
R. c. Kudmani	1142	Société canadienne de la Croix-Rouge c. Canada (Commission d'enquête sur le système d'approvisionnement en sang au Canada) ...	440
R. c. L. (C.).....	1001	Société canadienne de la Croix-Rouge c. Krever	440
R. c. Labrecque	1001	Solomon, R. c.....	696
R. c. Lawes.....	694	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
R. c. Lifchus	320		
R. c. Ly.....	698	T	
R. c. R.D.S.	484	Tobiass, Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c.	391
R. c. S. (R.D.)	484	Trendline Industries Ltd., Mochinski c.	1176
R. c. Skalbania	995		
R. c. Solomon.....	696	U	
R. c. Wickman.....	3	United Grain Growers Ltd., Wallace c.	701
R.D.S., R. c.	484		
Raychem Canada Ltd. c. Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.....	1210	W	
Reference Re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court (P.E.I.).....	3	Wallace c. United Grain Growers Ltd.	701
Reference re: <i>Provincial Court Act</i> and <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.).....	3	Wickman, R. c.....	3
Reference re: <i>Public Sector Pay Reduction Act</i> (P.E.I.), s. 10.....	3		
Reference Re Remuneration of Judges of the Provincial Court (P.E.I.).....	3		
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	3		
Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.....	3		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INITIULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A., Re.....	(1990), 28 R.F.L. (3d) 288.....	955
Addis v. Gramophone Co.	[1909] A.C. 488.....	740, 753
Agip (Africa) Ltd. v. Jackson.....	[1990] 1 Ch. 265.....	782, 821
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	824
Air Canada c. Colombie-Britannique.....	[1989] 1 R.C.S. 1161.....	824
Air Canada v. M & L Travel Ltd.	[1993] 3 S.C.R. 787.....	777, 814
Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. v. Manitoba Pool Elevators Ltd.	[1964] Ex. C.R. 505.....	1261
Andre v. Board of Trustees of the Village of Maywood.....	561 F.2d 48 (1977).....	906
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	197, 666
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728.....	1155, 1241
Ansari v. British Columbia Hydro and Power Authority.....	(1986), 2 B.C.L.R. (2d) 33.....	740
Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn».....	[1977] 2 C.F. 274.....	1287
Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn”.....	[1977] 2 F.C. 274.....	1287
Arthur Andersen Inc. v. Toronto-Dominion Bank.....	(1994), 17 O.R. (3d) 363.....	831
Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 627.....	678
Attorney-General v. Times Newspapers Ltd.....	[1973] 1 Q.B. 710.....	437
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada.....	[1937] A.C. 368.....	312
Attorney General for Canada and Dupond v. Montreal.....	[1978] 2 S.C.R. 770.....	182
Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.....	[1903] A.C. 524.....	290
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada.....	[1951] S.C.R. 31.....	255
Attorney General of Quebec v. Cumming.....	[1978] 2 S.C.R. 605.....	174
Attorney General (Que.) and Keable v. Attorney General (Can.)...	[1979] 1 S.C.R. 218.....	469
B		
B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto.....	[1995] 1 S.C.R. 315.....	890, 959
Baden v. Société Générale pour Favoriser le Développement du Commerce et de l’Industrie en France SA.....	[1992] 4 All E.R. 161.....	798
Bailey v. Thurston & Co.	[1903] 1 K.B. 137.....	731
Bair-Muirhead v. Muirhead.....	(1994), 20 O.R. (3d) 744.....	555

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development	[1980] 1 F.C. 518	1032
Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien	[1980] 1 C.F. 518	1032
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)	[1995] 4 R.C.S. 344	1086
Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 657	1090
Bank of N.S. v. Soc. Gen. (Can.)	[1988] 4 W.W.R. 232	817
Barclays Bank plc v. O'Brien	[1993] 4 All E.R. 417	793, 800
Bardal v. Globe & Mail Ltd.	(1960), 24 D.L.R. (2d) 140	737, 750
Bartrop v. Canadian Broadcasting Corp.	(1978), 25 N.S.R. (2d) 637	747
Barnes v. Addy	(1874), L.R. 9 Ch. App. 244	780
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56	31, 178, 420
Benner c. Canada (Secrétaire d'État)	[1997] 1 R.C.S. 358	435, 670
Benner v. Canada (Secretary of State)	[1997] 1 S.C.R. 358	435, 670
Beno c. Canada (Commissaire et président de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces armées canadiennes en Somalie)	[1997] 2 C.F. 527	460
Beno v. Canada (Commissioner and Chairperson, Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia) ...	[1997] 2 F.C. 527	460
Bernardin v. Alitalia Air Lines	(1993), 50 C.C.E.L. 156	761
Bertolo v. Bank of Montreal	(1986), 57 O.R. (2d) 577	795, 802
BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority	[1993] 1 S.C.R. 12	1231
Bishop v. Carleton Co-operative Ltd.	(1996), 21 C.C.E.L. (2d) 1	738
Blanchette v. C.I.S. Ltd.	[1973] S.C.R. 833	503, 526
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183	679
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	679
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)	[1995] 4 S.C.R. 344	1086
Boggs c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 49	245, 312
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49	245, 312
Bonner v. Lewis	857 F.2d 559 (1988)	682
Boucher v. The King	[1951] S.C.R. 265	590
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	331
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210	1292
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 914	245
Brasserie Labatt ltée v. Villa	[1995] R.J.Q. 73	869, 922
British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. v. Associated Newspapers, Ltd.	[1933] 2 K.B. 616	1270
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	678
Brouillard c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 39	538
Brouillard v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 39	538
Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)	[1994] 1 S.C.R. 420	1154
Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)	[1994] 1 R.C.S. 420	1154

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Brown v. Waterloo Regional Board of Commissioners of Police...	(1983), 43 O.R. (2d) 113.....	752
Buffa v. Gauvin.....	(1994), 18 O.R. (3d) 725.....	561
Bullock v. Key Property Management Inc.	(1997), 33 O.R. (3d) 1.....	828
Burnie Port Authority v. General Jones Pty. Ltd.....	(1994), 179 C.L.R. 520	1166
Butterfield v. Forrester.....	(1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926.....	1260

C

C.I.B.C. v. Valley Credit Union Ltd.	[1990] 1 W.W.R. 736.....	827
Calder v. Attorney-General of British Columbia	[1973] S.C.R. 313	1032, 1125
Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique	[1973] R.C.S. 313*1032, 1125	
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. ...	[1992] 1 S.C.R. 1021.....	1240, 1271
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce	(1987), 27 E.T.R. 281.....	787
Canadian Pacific Air Lines, Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce.....	(1987), 61 O.R. (2d) 233.....	816
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711.....	758
Canadian Pacific Ltd. v. Paul.....	[1988] 2 S.C.R. 654.....	1082, 1125
Canadien Pacifique Ltée c. Paul.....	[1988] 2 R.C.S. 654.....	1082, 1125
Carl B. Potter Ltd. c. Banque Mercantile du Canada	[1980] 2 R.C.S. 343.....	787, 831
Carl B. Potter Ltd. v. Mercantile Bank of Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 343.....	787, 831
Carl Zeiss Stiftung v. Herbert Smith & Co.....	[1969] 2 Ch. 276	786
Carrick v. Cooper Canada Ltd.....	(1983), 2 C.C.E.L. 87.....	761
Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.....	[1963] A.C. 758	557
Cartwright v. Lyster	[1934] 2 D.L.R. 166.....	787
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489.....	672
Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud	[1992] 2 S.C.R. 970.....	672
Central Trust Co. v. Rafuse	[1986] 2 S.C.R. 147.....	563, 1232
Centre de la communauté sourde du Montréal métropolitain inc. v. Régie du logement	[1996] R.J.Q. 1776	681
Centre local de services communautaires de l'Érable v. Lambert...	[1981] C.S. 1077.....	912
Chartier v. Attorney General of Quebec.....	[1979] 2 S.C.R. 474.....	1065
Chartier c. Procureur général du Québec.....	[1979] 2 R.C.S. 474.....	1065
Cherry (Guardian <i>ad litem</i> of) v. Borsman.....	[1992] 6 W.W.R. 701	942
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)...	[1992] 1 S.C.R. 711.....	901
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)....	[1992] 1 R.C.S. 711.....	901
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.	[1992] 1 R.C.S. 1021.....	1240, 1271
Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada.....	[1997] 3 S.C.R. 805.....	780, 796
Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada.....	[1997] 3 R.C.S. 805.....	780, 796
Coheri v. Mitchell.....	(1890), 25 Q.B.D. 262.....	717
Cohen v. Queenswear International Ltd.....	[1989] R.R.A. 570	912
Cohnstaedt c. Université de Regina	[1989] 1 R.C.S. 1011.....	761
Cohnstaedt v. University of Regina	[1989] 1 S.C.R. 1011.....	761
Colpitts v. The Queen.....	[1965] S.C.R. 739	340

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139.....	590, 685
Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru».....	[1974] 1 C.F. 490	1261
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	671
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board	[1978] 1 S.C.R. 369.....	80, 497, 502, 530
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1978] 1 R.C.S. 369.....	80, 497, 502, 530
Commonwealth v. Cass.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	590, 685
Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée	467 N.E.2d 1324 (1984).....	982
Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)	[1997] 2 S.C.R. 299.....	920
Cooper v. Canada (Human Rights Commission).....	[1996] 3 R.C.S. 854.....	33
Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.....	[1996] 3 S.C.R. 854.....	33
Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.....	417 U.S. 106 (1974).....	1265
Corbin v. Standard Life Assurance Co.	(1995), 15 C.C.E.L. (2d) 71.....	738
Cowan de Groot Properties Ltd. v. Eagle Trust plc.....	[1992] 4 All E.R. 700.....	834
Craig v. Interland Window Mfg. Ltd.	[1992] 4 All E.R. 700.....	834
Craig v. Interland Window Mfg. Ltd.	(1993), 47 C.C.E.L. 57.....	738
Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch.....	[1997] 1 All E.R. 144.....	793
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	901

D

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	124, 595
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	124, 595
Dalton v. Angus	(1881), 6 App. Cas. 740.....	1164, 1171
D'Amato v. Badger.....	[1996] 2 S.C.R. 1071.....	1239
Darling v. Attorney-General	[1950] 2 All E.R. 793.....	1164
Deacon v. The King.....	[1947] S.C.R. 531	1198
Dehler v. Ottawa Civic Hospital	(1979), 101 D.L.R. (3d) 686	938
Deildal v. Tod Mountain Development Ltd.....	(1997), 91 B.C.A.C. 214	743, 759
Derrickson v. Derrickson	[1986] 1 S.C.R. 285.....	1122
Detroit Police Officers Ass'n v. City of Detroit	190 N.W.2d 97 (1971)	906
Diamond v. Hirsch	[1989] M.J. No. 377 (QL).....	938
Dick c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 309.....	1044
Dick v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 309.....	1044
Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson.....	(1997), 148 D.L.R. (4th) 332.....	945, 988
Donnelly v. City of Manchester	274 A.2d 789 (1971)	907
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	655, 875
Doyle v. London Life Insurance Co.	(1985), 23 D.L.R. (4th) 443	761
Dunning v. Royal Bank	(1996), 23 C.C.E.L. (2d) 71	743
Duval v. Seguin.....	[1972] 2 O.R. 686.....	942, 983

E

E. (Mrs.) v. Eve.....	[1986] 2 S.C.R. 388.....	954, 971
Eaton v. Brant County Board of Education.....	[1997] 1 S.C.R. 241.....	670
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant	[1997] 1 R.C.S. 241.....	669
Ector v. City of Torrance.....	514 P.2d 433 (1973).....	888

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Edmonds v. Compagnie Générale Transatlantique.....	443 U.S. 256 (1979).....	1267
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	590
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	590
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	985
Egan v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 513.....	156, 667
Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos».....	(1982), 43 N.R. 147.....	1285
Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship “Telendos”.....	(1982), 43 N.R. 147.....	1285
El Ajou v. Dollar Land Holdings plc.....	[1993] 3 All E.R. 717.....	835
Elliot v. Lord Joicey.....	[1935] A.C. 209.....	938
Elsom v. Elsom.....	[1989] 1 S.C.R. 1367.....	427
États-Unis d’Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	667
Eyers v. City Buick Cadillac Ltd.....	(1984), 6 C.C.E.L. 234.....	743

F

F (in utero), Re.....	[1988] 2 All E.R. 193.....	935, 977
Falcon Lumber Ltd. v. Canada Wood Specialty Co.....	(1978), 95 D.L.R. (3d) 503.....	1274
Farber c. Cie Trust Royal.....	[1997] 1 R.C.S. 846.....	735
Farber v. Royal Trust Co.....	[1997] 1 S.C.R. 846.....	735
Fehr v. Jacob.....	(1993), 14 C.C.L.T. (2d) 200.....	564
Fisher v. Ruislip-Northwood U.D.C.....	[1945] 2 All E.R. 458.....	1164
Fletcher v. Collis.....	[1905] 2 Ch. 24.....	818
Foley v. Hill.....	(1848).....	
Fonthill Lumber Ltd. v. Bank of Montreal.....	(1959), 19 D.L.R. (2d) 618.....	823
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	590, 855, 916
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	590, 855, 916
Foto v. Jones.....	(1974), 45 D.L.R. (3d) 43.....	541
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique.....	[1980] 1 R.C.S. 1031.....	1044
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America.....	[1980] 1 S.C.R. 1031.....	1044
Fowler c. La Reine.....	[1980] 2 R.C.S. 213.....	289
Fowler v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 213.....	289
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction pub- lique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	181, 377
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	181, 377
Fraser River Harbour Commission v. The “Hiro Maru”.....	[1974] 1 F.C. 490.....	1261
Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 v. Hunter ...	360 N.E.2d 708 (1975).....	906
Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d’assurance-vie.....	[1992] 1 R.C.S. 647.....	910
Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.....	[1992] 1 S.C.R. 647.....	910
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Trans- port).....	[1992] 1 S.C.R. 3.....	234, 267
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Trans- ports).....	[1992] 1 R.C.S. 3.....	234, 267

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
G		
Gartland Steamship Co. v. The Queen	[1960] S.C.R. 315.....	1261
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	265
Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.....	[1978] 2 S.C.R. 1346.....	1233, 1276
Gillespie v. Bulkley Valley Forest Industries Ltd.	[1975] 1 W.W.R. 607.....	737
Gillman v. Saan Stores Ltd.	(1992), 45 C.C.E.L. 9.....	745
Glenko Enterprises Ltd. v. Ernie Keller Contractors Ltd.	(1996), 134 D.L.R. (4th) 161.....	832
Gold v. Rosenberg.....	[1997] 3 S.C.R. 767.....	815, 843
Gratton v. Canadian Judicial Council	[1994] 2 F.C. 769.....	188
Gratton c. Conseil canadien de la magistrature	[1994] 2 C.F. 769.....	188
Greenberg v. Meffert.....	(1985), 50 O.R. (2d) 755.....	761
Grossi v. Bates	(1995), 21 O.R. (3d) 564.....	556
Groves-Raffin Construction Ltd. v. Bank of Nova Scotia.....	(1975), 64 D.L.R. (3d) 78.....	830
Guerin c. La Reine.....	[1984] 2 R.C.S. 335.....	1032, 1125
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	1032, 1125
H		
Haig v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 995.....	598
Haig v. Canada (Chief Electoral Officer)	[1993] 2 S.C.R. 995.....	678
Haig c. Canada (Directeur général des élections)	[1993] 2 R.C.S. 995.....	678
Halifax (City of) v. Read.....	[1928] S.C.R. 605.....	883
Hall v. Giant Yellowknife Mines Ltd.	(1992), 44 C.C.E.L. 101.....	743
Hanson v. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.	364 F. Supp. 330 (1973).....	906
Hardaker v. Idle District Council	[1896] 1 Q.B. 335.....	1164
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451.....	655, 875
Harrison v. University of British Columbia.....	[1990] 3 S.C.R. 451.....	655, 875
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876.....	68
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général).....	[1996] 2 R.C.S. 876.....	68
Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young.....	[1997] 2 S.C.R. 165.....	1243
Hole v. Sittingbourne and Sheerness Railway Co.....	(1861), 6 H. & N. 488, 158 E.R. 201.....	1158
Hollis v. Dow Corning Corp.....	[1995] 4 S.C.R. 634.....	1229
Hopp v. Lepp.....	[1980] 2 S.C.R. 192.....	677
Houle c. Banque Canadienne Nationale.....	[1990] 3 R.C.S. 122.....	762
Houle v. Canadian National Bank.....	[1990] 3 S.C.R. 122.....	762
Howard v. University of British Columbia.....	(1993), 18 C.H.R.R. D/353.....	681
Hudson v. Giant Yellowknife Mines Ltd.....	(1992), 44 C.C.E.L. 109.....	743
Huerto v. College of Physicians and Surgeons	(1996), 133 D.L.R. (4th) 100.....	527
Hughes v. Lord Advocate.....	[1963] A.C. 837.....	1255
Hughes v. State of Oklahoma.....	868 P.2d 730 (1994).....	982
Hunt v. T & N PLC.....	[1993] 4 S.C.R. 289.....	70
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	367, 666
Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 426.....	1232
Huson v. Township of South Norwich.....	(1895), 24 S.C.R. 145.....	71

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
I		
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	524
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631.....	524
In re Montagu's Settlement Trusts	[1987] 1 Ch. 264	786, 825
Inquiry pursuant to s. 13(2) of Territorial Court Act, Re.....	[1990] N.W.T.R. 337.....	540
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Ter- ritoires du Nord-Ouest (Commissaire).....	[1990] 2 R.C.S. 367.....	594
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	156, 590, 685
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	156, 590, 685
I/O—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752.....	412, 1257, 1274, 1291
J		
Jackson v. Makeup Lab Inc.	(1989), 27 C.C.E.L. 317	738
James v. Cowan.....	[1932] A.C. 542	644
Jarvis v. Swans Tours Ltd.	[1973] 1 Q.B. 233.....	734
Jivrag v. City of Calgary	(1986), 13 C.C.E.L. 120	743
Jones v. Livox Quarries Ltd.	[1952] 2 Q.B. 608.....	1254
Judges v. Attorney-General of Saskatchewan.....	[1937] 2 D.L.R. 209	96
July v. Neal	(1986), 57 O.R. (2d) 129.....	557
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	1154
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	1154
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	563, 948, 1155, 1241
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2.....	563, 948, 1155, 1241
Kennedy v. City of Newark.....	148 A.2d 473 (1959)	888
Kitchener (City of) v. Robe and Clothing Co.	[1925] S.C.R. 106.....	1158
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338.....	245
Kondis v. State Transport Authority	(1984), 154 C.L.R. 672	1165, 1174
Kruger c. La Reine.....	[1978] 1 R.C.S. 104.....	1068
Kruger v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 104.....	1068
Kruse v. Johnson.....	[1898] 2 Q.B. 91.....	883
L		
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914.....	245
Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 574.....	824
Lafrance c. La Reine.....	[1975] 2 S.C.R. 201.....	997
Lafrance v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 201.....	997
Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.	[1972] S.C.R. 569	1229
Lampport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I) Ltd. (The "Raphael")	[1982] 2 Lloyd's Rep. 42.....	1275

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union.....	[1991] 2 S.C.R. 211.....	92, 607, 657, 876
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario	[1991] 2 R.C.S. 211.....	92, 607, 657, 876
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357.....	174
Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan»	(1975), 55 D.L.R. (3d) 138	1295
Lewis (Guardian <i>ad litem</i> of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145.....	1176
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	1176
Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.....	[1991] 3 W.L.R. 10	823
Liteky v. U.S.	114 S.Ct. 1147 (1994).....	528
Lojstrup v. British Columbia Buildings Corp.....	(1989), 34 B.C.L.R. (2d) 357.....	740
London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.	[1992] 3 S.C.R. 299.....	1232
Long v. Brisson	[1992] 5 W.W.R. 185	728
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Co- lumbia	[1959] S.C.R. 497	249, 292
Lough v. Digital Equipment of Canada Ltd.	(1986), 57 O.R. (2d) 456.....	731
Lowther v. Prince Edward Island.....	(1994), 118 D.L.R. (4th) 665	121
Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État).....	(1992), 9 C.R.R. (2d) 149	413
Luitjens v. Canada (Secretary of State)	(1992), 9 C.R.R. (2d) 149	413
Lynch v. Lynch.....	(1991), 25 N.S.W.L.R. 411	945

M

M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	562
Mabo v. Queensland	(1992), 107 A.L.R. 1	1041
MacDonald v. Hauer	[1977] 1 W.W.R. 51	774
MacDonald v. Royal Canadian Legion.....	(1995), 12 C.C.E.L. (2d) 211	743
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.....	[1992] 1 S.C.R. 986.....	737, 750
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796.....	50
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson.....	[1995] 4 S.C.R. 725.....	64
Madzimbamuto v. Lardner-Burke.....	[1969] 1 A.C. 645.....	178
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	117
Makhija v. Lakefield Research.....	(1983), 14 C.C.E.L. 131	738
Manuel v. Attorney-General	[1983] Ch. 77	179
Maryland v. Wilson.....	117 S.Ct. 882 (1997)	367
Marzetti v. Marzetti.....	[1994] 2 S.C.R. 765.....	732
McCarey v. Associated Newspapers Ltd. (No. 2)	[1965] 2 Q.B. 86.....	746
McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission.....	424 U.S. 645 (1976)	888
McDermott v. Nackawic (Town).....	(1988), 53 D.L.R. (4th) 150.....	865
McInroy c. La Reine.....	[1979] 1 R.C.S. 588.....	1198
McInroy v. The Queen.....	[1979] 1 S.C.R. 588.....	1198
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	156, 606, 655, 875
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	156, 606, 655, 875
McNamara v. Pagecorp Inc.	(1989), 76 C.B.R. (N.S.) 97	727
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654.....	412
McVey (Re)	[1992] 3 S.C.R. 475.....	185
Medhurst v. Medhurst	(1984), 9 D.L.R. (4th) 252.....	938

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Merryweather v. Nixan.....	(1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337.....	1267
Metropolitan Properties Co. v. Lannon.....	[1969] 1 Q.B. 577.....	496, 531
Meyer v. Bright.....	(1993), 15 O.R. (3d) 129.....	559
Meyer v. Nebraska.....	262 U.S. 390 (1923).....	892
Mills c. La Reine.....	[1986] 1 R.C.S. 863.....	86, 896
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	86, 896
Minister of Home Affairs v. Fisher.....	[1980] A.C. 319.....	667
Miron v. Trudel.....	[1995] 2 S.C.R. 418.....	667
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	1090
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	1090
Moge v. Moge.....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	507
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 S.C.R. 368.....	883
Montreal Tramways Co. v. Léveillé.....	[1933] S.C.R. 456.....	938, 983
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.....	[1985] 1 R.C.S. 368.....	883
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	311
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077.....	70
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	1240
Murphy v. Rolland Inc.....	(1991), 39 C.C.E.L. 86.....	738
Murphy v. Welsh.....	[1993] 2 S.C.R. 1069.....	555
Mutch v. Norman Wade Co.	(1987), 17 B.C.L.R. (2d) 185.....	738

N

N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 1247.....	1064
Nance v. British Columbia Electric Railway Co.....	[1951] A.C. 601.....	1253
National Citizens' Coalition Inc. v. Canada (Attorney General).....	(1984), 11 D.L.R. (4th) 481.....	601
Native Women's Assn. of Canada v. Canada.....	[1994] 3 S.C.R. 627.....	678
Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare.....	[1976] 2 S.C.R. 751.....	1044
Neilson v. Vancouver Hockey Club Ltd.	[1988] 4 W.W.R. 410.....	730
Nelson v. Larholt.....	[1948] 1 K.B. 339.....	784
"Neptun" (Owners) v. Humber Conservancy Board.....	(1937), 59 L.L.R. 158.....	1286
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative).....	[1993] 1 R.C.S. 319.....	67, 175
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly).....	[1993] 1 S.C.R. 319.....	67, 175
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. Hickey.....	N.B.Q.B., November 4, 1996, unreported	956
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	523
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. Hickey.....	B.R.N.-B., 4 novembre 1996, inédit.....	956
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil.....	[1978] 2 S.C.R. 662.....	315
Nova Scotia (Minister of Community Services) v. S.M.S.....	(1992), 110 N.S.R. (2d) 91.....	508

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
O		
Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)	[1997] 3 R.C.S. 925.....	1292
Ogilvy & Mather (New Zealand) Ltd. v. Turner	[1994] 1 N.Z.L.R. 641.....	760
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031.....	243, 293
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1995] 2 R.C.S. 1031.....	243, 293
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536.....	671
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2.....	75, 181
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	153
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	153
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.	[1967] 1 A.C. 617.....	1255
Owners of S.S. Australia v. Owners of Cargo of S.S. Nautilus.....	[1927] A.C. 145	1294
Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan"	(1975), 55 D.L.R. (3d) 138	1295
Oy Nokia Ab c. Le navire «Martha Russ».....	[1973] C.F. 394.....	1287
Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ".....	[1973] F.C. 394.....	1287
O'Hara v. British Columbia.....	[1987] 2 S.C.R. 591.....	454
O'Hara c. Colombie-Britannique.....	[1987] 2 R.C.S. 591.....	454
P		
Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare.....	[1976] 2 R.C.S. 751.....	1044
Paton v. British Pregnancy Advisory Service Trustees.....	[1979] Q.B. 276.....	938, 984
Paton v. United Kingdom.....	(1980), 3 E.H.R.R. 408	945
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	898
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	898
Personnel Administrator of Massachusetts v. Feeney.....	442 U.S. 256 (1979).....	671
Peso Silver Mines Ltd. (N.P.L.) v. Cropper	[1966] S.C.R. 673.....	740, 753
Peters v. A.B.C. Boat Charters Ltd.....	(1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389.....	1263
Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray).....	[1995] 2 R.C.S. 97.....	174, 454
Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy).....	[1995] 2 S.C.R. 97.....	174, 454
Pickard v. Smith	(1861), 10 C.B. (N.S.) 470, 142 E.R. 535	1171
Pierce v. Society of Sisters.....	268 U.S. 510 (1925).....	893
Pilon v. Peugeot Canada Ltd.	(1980), 114 D.L.R. (3d) 378	715
Pirbhai Estate v. Pirbhai	[1987] B.C.J. No. 2685 (QL).....	540
Polly Peck International plc v. Nadir (No. 2)	[1992] 4 All E.R. 769.....	826
Procureur général du Canada et Dupond c. Montréal.....	[1978] 2 R.C.S. 770.....	182
Procureur général du Québec c. Cumming.....	[1978] 2 R.C.S. 605.....	174
Procureur général (Qué.) et Keable c. Procureur général (Can.)....	[1979] 1 R.C.S. 218.....	469
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner).....	[1990] 2 S.C.R. 367.....	594
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada.....	[1931] A.C. 310.....	290

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Q		
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.....	[1977] 2 S.C.R. 1054.....	412
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée	[1977] 2 R.C.S. 1054.....	412
Queen in Right of Manitoba (The) v. Air Canada.....	[1980] 2 S.C.R. 303.....	174
Queen v. Cognos Inc.....	[1993] 1 S.C.R. 87.....	1234
R		
R. v. Adams.....	[1996] 3 S.C.R. 101.....	1026
R. v. Antoine	[1949] 1 W.W.R. 701	1198
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	86
R. v. Atikian.....	(1990), 62 C.C.C. (3d) 357	1198
R. v. Avery	[1995] P.E.I.J. No. 42 (QL)	36
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 30.....	1205
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	1203
R. v. Barrett.....	[1995] 1 S.C.R. 752.....	383
R. v. Bartle	[1994] 3 S.C.R. 173.....	507
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	892
R. v. Bergeron.....	(1996), 109 C.C.C. (3d) 571.....	331
R. v. Bertram.....	[1989] O.J. No. 2123 (QL)	529
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	(1983), 25 Alta. L.R. (2d) 195.....	85
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	666, 890
R. v. Brydon.....	[1995] 4 S.C.R. 253.....	328
R. v. Brydon.....	(1995), 95 C.C.C. (3d) 509	325
R. v. Buric	[1997] 1 S.C.R. 535.....	1208
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656.....	383, 510
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	590
R. v. Camborne Justices, Ex parte Pearce.....	[1954] 2 All E.R. 850.....	531
R. v. Carosella.....	[1997] 1 S.C.R. 80.....	427
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	86, 351
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	429
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	1006
R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 345	311
R. v. Côté	[1996] 3 S.C.R. 139.....	1026, 1126
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401.....	233, 270
R. v. Curragh Inc.	[1997] 1 S.C.R. 537.....	524
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	365
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93.....	379
R. v. Edwards.....	[1996] 1 S.C.R. 128.....	354, 367
R. v. Edwards Books and Art Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 713.....	916
R. v. Elrick	[1983] O.J. No. 515 (QL)	531
R. v. Ford	(1991), 12 W.C.B. (2d) 576.....	332
R. v. Francis	[1988] 1 S.C.R. 1025.....	1120
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	249, 311
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	41, 189, 528

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. c. Girard.....	[1996] R.J.Q.1585.....	331
R. v. Girard.....	(1996), 109 C.C.C. (3d) 545.....	331
R. v. Gladstone.....	[1996] 2 S.C.R. 723.....	1026, 1126
R. v. Glasgow.....	(1996), 93 O.A.C. 67.....	536
R. v. Goncalves.....	[1993] 2 S.C.R. 3.....	379
R. v. Gough.....	[1993] 2 W.L.R. 883.....	531
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	381
R. v. Greenbaum.....	[1993] 1 S.C.R. 674.....	883
R. v. Greffe.....	[1990] 1 S.C.R. 755.....	379
R. v. Gushman.....	[1994] O.J. No. 813 (QL).....	525
R. v. Hauser.....	[1979] 1 S.C.R. 984.....	245
R. v. Hebert.....	[1996] 2 S.C.R. 272.....	340
R. v. Hinse.....	[1995] 4 S.C.R. 597.....	417
R. v. Hrynyk.....	(1948), 93 C.C.C. 100.....	328
R. v. Hubbert.....	(1975), 29 C.C.C. (2d) 279.....	433
R. v. Jacoy.....	[1988] 2 S.C.R. 548.....	364
R. v. Jenkins.....	(1996), 107 C.C.C. (3d) 440.....	328
R. v. Jewitt.....	[1985] 2 S.C.R. 128.....	416
R. v. Jones.....	[1986] 2 S.C.R. 284.....	901
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	590, 685
R. v. Khan.....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	1203
R. v. Klimchuk.....	(1991), 67 C.C.C. (3d) 385.....	387
R. v. Kokesch.....	[1990] 3 S.C.R. 3.....	381, 378
R. v. Kuldip.....	[1990] 3 S.C.R. 618.....	189
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	1192
R. v. Laba.....	[1994] 3 S.C.R. 965.....	124
R. v. Ladouceur.....	[1990] 1 S.C.R. 1257.....	369, 378
R. v. Lamy.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 558.....	384
R. v. Landry.....	[1986] 1 S.C.R. 145.....	376
R. v. Latimer.....	[1997] 1 S.C.R. 217.....	434
R. v. Lavallée.....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	507, 535
R. v. Lin.....	[1995] B.C.J. No. 982 (QL).....	531
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	78, 189, 420, 502
R. v. Lowden.....	(1981), 27 A.R. 91.....	817
R. v. Lyons.....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	890
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	249
R. v. McMaster.....	[1996] 1 S.C.R. 740.....	385
R. v. Meddoui.....	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345.....	1199
R. v. Mellenthin.....	[1992] 3 S.C.R. 615.....	359, 369, 379
R. v. Mohan.....	[1994] 2 S.C.R. 9.....	1294
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	892, 984
R. v. Morgentaler.....	[1993] 3 S.C.R. 463.....	86, 245, 286
R. v. Morrissey.....	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193.....	385
R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.....	[1996] 2 S.C.R. 672.....	1026, 1126
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	156, 595, 684, 890
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	427

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Pamajewon	[1996] 2 S.C.R. 821.....	1026
R. v. Paquette	(1987), 38 C.C.C. (3d) 333	126
R. v. Parks	(1993), 15 O.R. (3d) 324.....	507, 529
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	1206
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	77
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	896
R. v. Richard	[1996] 3 S.C.R. 525.....	896
R. v. Rube.....	[1992] 3 S.C.R. 159.....	291
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	763, 940, 1262, 1292
R. v. Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.....	234
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	415
R. v. Sharma.....	[1993] 1 S.C.R. 650.....	883
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	383
R. v. Sieben.....	[1987] 1 S.C.R. 295.....	365
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495.....	364
R. v. Simpson.....	(1993), 20 C.R. (4th) 1.....	384
R. v. Sioui.....	[1990] 1 S.C.R. 1025.....	1032
R. v. Smith	(1985), 66 A.R. 195.....	1198
R. v. Smith	(1991), 109 N.S.R. (2d) 394	508
R. v. Smith	[1992] 2 S.C.R. 915.....	1203
R. v. Smith & Whiteway Fisheries Ltd.	(1994), 133 N.S.R. (2d) 50	503, 533
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075.....	86, 1026, 1128
R. v. Stark.....	[1994] O.J. No. 406 (QL)	529
R. v. Stillman	[1997] 1 S.C.R. 607.....	361, 379
R. v. Stockley.....	[1997] N.J. No. 25 (QL)	387
R. v. Sullivan.....	[1991] 1 S.C.R. 489.....	983
R. v. Sutherland.....	[1980] 2 S.C.R. 451.....	1119
R. v. Taylor.....	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	1069
R. v. Teskey.....	(1995), 167 A.R. 122.....	540
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	155
R. v. Toten	(1993), 83 C.C.C. (3d) 5	1200
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	667
R. v. Tyhurst.....	(1992), 79 C.C.C. (3d) 238	328
R. v. Valente (No. 2).....	(1983), 2 C.C.C. (3d) 417	80
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	1026, 1125
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985.....	432
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	337
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	527, 1205
R. v. W.S.S.K.....	[1991] B.C.J. No. 3603 (QL).....	387
R. v. Wald.....	(1989), 47 C.C.C. (3d) 315	519
R. v. Wesley	[1932] 4 D.L.R. 774	1132
R. v. Wetmore	[1983] 2 S.C.R. 284.....	245, 311
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	254, 291
R. v. Williams.....	[1953] 1 Q.B. 660.....	997
R. v. Wilson.....	(1996), 29 O.R. (3d) 97.....	536
R. v. Wise.....	[1992] 1 S.C.R. 527.....	363, 369, 378, 379

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Yes Holdings Ltd.	(1987), 40 C.C.C. (3d) 30.....	126
R. v. Zundel.....	[1992] 2 S.C.R. 731.....	590
Rakas v. Illinois	439 U.S. 128 (1978).....	372
Ramsden v. Peterborough (City).....	[1993] 2 S.C.R. 1084.....	86, 616, 880, 922
Ramsden c. Peterborough (Ville).....	[1993] 2 S.C.R. 1084.....	86, 616, 880, 922
Ranch des Prairies Ltée v. Bank of Montreal	(1988), 53 Man. R. (2d) 308.....	723
Re Ali.....	(1987), 62 C.B.R. (N.S.) 64.....	732
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486.....	666, 898
Re Giroux	(1983), 45 C.B.R. (N.S.) 245.....	732
Re Greening.....	(1989), 73 C.B.R. (N.S.) 24.....	732
Re Holley.....	(1986), 59 C.B.R. (N.S.) 17.....	723, 764
Re Klein and Law Society of Upper Canada	(1985), 50 O.R. (2d) 118.....	878
Re McCutcheon and City of Toronto.....	(1983), 41 O.R. (2d) 652.....	881
Re Nelles and Grange	(1984), 46 O.R. (2d) 210.....	454
Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors	(1984), 5 D.L.R. (4th) 766.....	651
Re Pascoe.....	[1944] 1 Ch. 219	726
Re Residential Tenancies Act, 1979.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	66
Re Saskatchewan Human Rights Commission and Canadian Odeon Theatres Ltd.	(1985), 18 D.L.R. (4th) 93.....	681
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100.....	74, 181, 590
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	111, 235, 287
Reference re Bill 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 S.C.R. 1148.....	76
Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.).....	[1991] 2 S.C.R. 525.....	647
Reference re Farm Products Marketing Act.....	[1957] S.C.R. 198.....	315
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1985] 1 S.C.R. 721.....	71
Reference Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)	[1991] 2 S.C.R. 158.....	667
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313.....	594, 741, 895
Reference re Resolution to Amend the Constitution.....	[1981] 1 S.C.R. 753.....	69
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297.....	309
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act ...	[1949] S.C.R. 1	234, 270
Reibl v. Hughes.....	[1980] 2 S.C.R. 880.....	676
Reid v. Belzile.....	[1980] C.S. 717.....	912
Reine du chef du Manitoba (La) c. Air Canada.....	[1980] 2 R.C.S. 303.....	174
Renvoi: Circ. électorales provinciales (Sask.).....	[1991] 2 R.C.S. 158.....	667
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	666, 898
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373.....	111, 235, 287
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714.....	66
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	594, 742, 895
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act ...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	309
Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to amend the Education Act (Ont.)	[1987] 1 R.C.S. 1148.....	76
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)	[1991] 2 R.C.S. 525.....	647
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	71
Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution	[1981] 1 R.C.S. 753.....	69
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189.....	1229

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	244, 285, 595, 685
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général).....	[1995] 3 R.C.S. 199.....	244, 285, 595, 685
Roberts v. Canada	[1989] 1 S.C.R. 322.....	412, 1082
Robertson v. Weavexx Corp.....	(1997), 25 C.C.E.L. (2d) 264.....	738
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario.....	[1990] 2 R.C.S. 232.....	606
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	606
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.....	[1990] 2 S.C.R. 440.....	476
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	671, 900
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	671, 900
Ross c. Conseil scolaire du district N° 15 du Nouveau-Brunswick	[1996] 1 R.C.S. 825.....	685
Ross v. New Brunswick School District No. 15.....	[1996] 1 S.C.R. 825.....	685
Royal Brunei Airlines Sdn. Bhd. v. Tan.....	[1995] 3 W.L.R. 64	785, 836
Ruffo v. Conseil de la magistrature	[1995] 4 S.C.R. 267.....	152, 431, 502
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	182, 643, 875

S

Salem Blue Collar Workers Ass'n v. City of Salem.....	33 F.3d 265 (1994).....	907
Saumur v. City of Quebec.....	[1953] 2 S.C.R. 299.....	72
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	155, 622, 678
Schneider c. La Reine.....	[1982] 2 R.C.S. 112.....	313, 646
Schneider v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 112.....	313, 646
Schwartz v. Canada.....	[1996] 1 S.C.R. 254.....	1064
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	244, 291
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	182, 643, 875
SEFPO c. Ontario (Procureur général).....	[1987] 2 R.C.S. 2.....	75, 181
Selangor United Rubber Estates, Ltd. v. Cradock (No. 3)	[1968] 2 All E.R. 1073.....	818
Shiloff v. R.....	(1994), 6 C.C.E.L. (2d) 177.....	761
Sikyea v. The Queen.....	[1964] S.C.R. 642.....	1132
Simon c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 387.....	1069
Simon v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 387.....	1069
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	155
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1985] 1 R.C.S. 177.....	155
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	153, 612, 645, 741, 883
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	1254
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711.....	758
Somerville v. Canada (Attorney General).....	(1996), 136 D.L.R. (4th) 205.....	604
Southam Inc. v. Canada (Attorney General)	[1990] 3 F.C. 465	73
Southam Inc. c. Canada (Procureur général)	[1990] 3 C.F. 465	73
Sparham-Souter v. Town & Country Developments (Essex) Ltd....	[1976] 1 Q.B. 858.....	563
Sparks v. Thompson.....	[1975] 1 S.C.R. 618.....	1255
Sparrows Point v. Greater Vancouver Water District.....	[1951] S.C.R. 396.....	1267
St. Catharines Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1887), 13 S.C.R. 577.....	1032
St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen.....	(1888), 14 A.C. 46.....	1081
St. John (City of) v. Donald.....	[1926] S.C.R. 371	1163

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City).....	[1997] 2 S.C.R. 657.....	1090
Standard Sausage Co. v. Lee.....	[1933] 4 D.L.R. 501.....	297
Starr v. Houlden.....	[1990] 1 S.C.R. 1366.....	454
State v. Horne.....	319 S.E.2d 703 (1984).....	982
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	1064, 1260
Stein v. The Ship "Kathy K".....	[1976] 2 S.C.R. 802.....	1064, 1260
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	606, 655, 875
Stumpf v. Globe Holdings Ltd.....	(1982), 22 Alta. L.R. (2d) 55.....	747
Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général).....	[1994] 1 R.C.S. 445.....	1154
Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General).....	[1994] 1 S.C.R. 445.....	1154
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285.....	64, 181, 590
Sylvester v. British Columbia.....	[1997] 2 S.C.R. 315.....	731
Sylvester c. Colombie-Britannique.....	[1997] 2 R.C.S. 315.....	731
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	679

T

Taylor v. Asody.....	[1975] 2 S.C.R. 414.....	1255
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	678
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission).....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	678
The "Antares II" and "Victory".....	[1996] 2 Lloyd's Rep. 482.....	1286
The Gazette (Division Southam Inc.) v. Valiquette.....	[1997] R.J.Q. 30.....	912
The King v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy.....	[1924] 1 K.B. 256.....	497, 530
The Max Morris.....	137 U.S. 1 (1890).....	1264
The "Sobieski".....	(1949), 82 L.L.R. 370.....	1261
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	670
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	249, 900
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission).....	[1990] 1 S.C.R. 425.....	249, 900
Toronto Transportation Commission v. The King.....	[1949] S.C.R. 510.....	1260
Trask v. Terra Nova Motors Ltd.....	(1995), 9 C.C.E.L. (2d) 157.....	743
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	938, 984
Tucker v. Asleson.....	[1991] B.C.J. No. 954 (QL).....	1160
Tucker v. Asleson (Public Trustee of).....	(1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173.....	1151
Truckers Garage Inc. v. Krell.....	(1993), 3 C.C.E.L. (2d) 157.....	761

U

Ultramares Corp. v. Touche.....	174 N.E. 441 (1931).....	1239
United States v. Morgan.....	313 U.S. 409 (1941).....	503
United States v. Reliable Transfer Co.....	421 U.S. 397 (1975).....	1265
United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.....	314 U.S. 339 (1941).....	1105

NAME OF CASE INITIULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	666
University of Regina v. Pettick	(1991), 45 C.L.R. 1	1233
Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.	(1992), 89 D.L.R. (4th) 722.....	1276
Uukw v. R.	[1987] 6 W.W.R. 155.....	1073

V

Valente c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 673..... 31, 186, 419, 502, 528	
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673..... 31, 186, 419, 502, 528	
Vancouver Power Co. v. Hounsome.....	(1914), 49 S.C.R. 430.....	1162
Vetrovec c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 811.....	1203
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811.....	1203
Victor v. Nebraska.....	127 L Ed 2d 583 (1994)	327
Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.	429 U.S. 252 (1977).....	671
Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1085.....	715, 751

W

Wadden v. Guaranty Trust Co. of Canada.....	[1987] 2 W.W.R. 739.....	740
Washington, Mayor of Washington, D.C. v. Davis	426 U.S. 229 (1976).....	671
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	763, 940, 1262, 1292
Watt v. Rama	[1972] V.R. 353	942
Wellesley v. Wellesley	(1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078	973
Whelan v. Waitaki Meats Ltd.....	[1991] 2 N.Z.L.R. 74.....	760
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	286, 1258
White v. The King	[1947] S.C.R. 268	537
Winner v. S.M.T. (Eastern) Ltd.	[1951] S.C.R. 887.....	174
Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)	[1997] 3 S.C.R. 925.....	1292
Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.	[1995] 1 S.C.R. 85.....	1250
Wyssling (Trustee of) v. Latreille Estate	(1990), 78 C.B.R. (N.S.) 114.....	727

X

X (a minor), Re.....	[1975] 1 All E.R. 697.....	974
----------------------	----------------------------	-----

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A		Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296	
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1994, c. 49		s. 6(a).....	213
s. 1.....	3	Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29	
		s. 3(1)(c).....	389
		s. 5(2)(b).....	389
		s. 12(3).....	389
		s. 18(1).....	391
		s. 18(3).....	391
		s. 19.....	389
		s. 20.....	389
		s. 22.....	389
B		Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400	
Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3		s. 20.....	389
s. 68(1).....	701	Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
C		art. 523.....	844
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Constitution Act, 1867	
s. 1.....	3, 569, 624, 844	preamble.....	3
s. 2(b).....	569	s. 91 preamble.....	213
s. 2(d).....	569	s. 91(27).....	213
s. 7.....	484, 844, 995	ss. 96-100.....	3
s. 8.....	341, 696	Constitution Act, 1982	
s. 11(d).....	3, 484	s. 35(1).....	1010
s. 15.....	484	Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 15(1).....	624	s. 332(1).....	995
s. 24(2).....	341, 696	s. 686(1)(b)(iii).....	320, 694
s. 27.....	484	s. 686(4)(b)(ii).....	995
s. 32(1).....	844	s. 715.1.....	1183
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.)		s. 784(1).....	3
s. 3.....	213	Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86	
s. 11.....	213	s. 3.....	1145
s. 34.....	213	E	
s. 35.....	213	Election Act, R.S.Q., c. E-3.3 [adapted by R.S.Q., c. C-64.1, App. 2]	
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		para. 402.....	569
s. 5.....	844		
s. 9.1.....	844		

	PAGE		PAGE
para. 403	569	s. 4(1)(j)	624
para. 404	569	s. 6	624
para. 406 para. 3	569	s. 8(1)	624
para. 413	569	Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280	
para. 414	569	s. 14	1145
para. 416	569	s. 48	1145
para. 417	569		
F			
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7		O	
s. 27(1)	391	Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, c. 303	
		s. 8	1145
H			
Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167		P	
s. 8(1)	1145	Payment to Provincial Judges Amendment Regu- lation, Alta. Reg. 116/94	
s. 33(1)	1145	s. 1	3
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8		Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25	
s. 206(1)	549	s. 3(3)	3
Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 180		s. 4	3
s. 3(1)	624	s. 8	3
s. 5(1)	624	s. 10	3
s. 9	624	s. 12(2)	3
s. 10(1)	624	s. 13	3
s. 29(b)	624	s. 17	3
I			
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5		Provincial Court Judges Act, S.A 1981, c. P-20.1	
s. 88	1010	s. 11(1)(b)	3
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11		s. 11(1)(c)	3
s. 2	440	s. 11(2)	3
s. 6	440	s. 13(1)	3
s. 12	440	s. 17(1)	3
s. 13	440	Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, c. 51	
Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8		s. 12(1)	3
s. 266	549	Public Sector Reduced Work Week and Compensa- tion Management Act, S.M. 1993, c. 21	
		s. 4	3
		s. 9	3
M			
Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 76		R	
s. 1 "benefits"	624	Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1	
s. 4(1)(c)	624	App. 2	569

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
A			
An Act to Amend the Provincial Court Act, S.P.E.I. 1994, ch. 49		Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25	
art. 1	3	art. 523	844
Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés, C.P. 1989-296		Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, ch. 86	
art. 6a)	213	art. 3	1145
C			
Charte canadienne des droits et libertés		H	
art. 1	3, 569, 624, 844	Highway Act, R.S.B.C. 1979, ch. 167	
art. 2b)	569	art. 8(1)	1145
art. 2d)	569	art. 33(1)	1145
art. 7	484, 844, 995	Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 180	
art. 8	341, 696	art. 3(1)	624
art. 11d)	3, 484	art. 5(1)	624
art. 15	484	art. 9	624
art. 15(1)	624	art. 10(1)	624
art. 24(2)	341, 696	art. 29(b)	624
art. 27	484	L	
art. 32(1)	844	Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4 ^e suppl.)	
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		art. 3	213
art. 5	844	art. 11	213
art. 9.1	844	art. 34	213
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 35	213
art. 332(1)	995	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 686(1)b)(iii)	320, 694	préambule	3
art. 686(4)b)(ii)	995	art. 91 (préambule)	213
art. 715.1	1183	art. 91(27)	213
art. 784(1)	3	art. 96 à 100	3
Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8		Loi constitutionnelle de 1982	
art. 206(1)	549	art. 35(1)	1010
		Loi électorale, L.R.Q., ch. E-3.3 [adaptée par L.R.Q., ch. C-64.1, app. 2]	
		art. 402	569
		art. 403	569

	PAGE		PAGE
art. 404.....	569	art. 4(1)c).....	624
art. 406 al. 3.....	569	art. 4(1)j).....	624
art. 413.....	569	art. 6.....	624
art. 414.....	569	art. 8(1).....	624
art. 416.....	569	Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, ch. 280	
art. 417.....	569	art. 14.....	1145
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29		art. 48.....	1145
art. 3(1)c).....	389		
art. 5(2)b).....	389	O	
art. 12(3).....	389	Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, ch. 303	
art. 18(1).....	391	art. 8.....	1145
art. 18(3).....	391		
art. 19.....	389	P	
art. 20.....	389	Payment to Provincial Judges Amendment Regu- lation, Alta. Reg. 116/94	
art. 22.....	389	art. 1.....	3
Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1		Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25	
app. 2.....	569	art. 3(3).....	3
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7		art. 4.....	3
art. 27(1).....	391	art. 8.....	3
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3		art. 10.....	3
art. 68(1).....	701	art. 12(2).....	3
Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21		art. 13.....	3
art. 4.....	3	art. 17.....	3
art. 9.....	3	Provincial Court Judges Act, S.A 1981, ch. P-20.1	
Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8		art. 11(1)(b).....	3
art. 266.....	549	art. 11(1)(c).....	3
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11		art. 11(2).....	3
art. 2.....	440	art. 13(1).....	3
art. 6.....	440	art. 17(1).....	3
art. 12.....	440	Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, ch. 51	
art. 13.....	440	art. 12(1).....	3
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5			
art. 88.....	1010	R	
		Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400	
M		art. 20.....	389
Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 76			
art. 1 «benefits».....	624		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur les soins de santé. <i>Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne</i> . Ottawa: L'Association, 1994	647
Atiyah, P. S. <i>Vicarious Liability in the Law of Torts</i> . London: Butterworths, 1967	1166
Bala, Nicholas and Hilary McCormack. "Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: <i>L. (D.O.) and Levogiannis</i> " (1994), 25 C.R. (4th) 341	1194
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.....	1265
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.....	1267
Belobaba, Edward P. "Good Faith in Canadian Contract Law". In <i>Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends</i> . Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73	762
Birks, Peter. "Misdirected Funds: Restitution from the Recipient", [1989] <i>L.M.C.L.Q.</i> 296.....	838
Birks, Peter. "Overview: Tracing, Claiming and Defences". In Peter Birks, ed., <i>Laundering and Tracing</i> . Oxford: Clarendon Press, 1995, 289.....	838
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "adopt"	1199
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "negotiate".....	113
Blackstone, William, Sir. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> , t. 1. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1822	176
Blackstone, William, Sir. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , 4th ed. Book 1. Oxford: Clarendon Press, 1770	176
Bowden, Marie-Ann. " <i>Friends of the Oldman River Society v. Canada et al</i> : Two Steps Forward, One Step Back" (1992), 56 <i>Sask. L. Rev.</i> 209.....	257
Burn, E. H. <i>Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property</i> , 14th ed. London: Butterworths, 1988	1090
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'environnement et du développement durable. <i>Notre santé en dépend!: Vers la prévention de la pollution</i> . Rapport du Comité permanent de l'environnement et du développement durable. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1995.....	309
Canada. Chambre des communes. Troisième session de la trente-quatrième législature, 1991-92-93. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Sous-comité des questions de santé. Rapport du Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. <i>Tragédie et enjeu: La transfusion sanguine au Canada et le VIH</i> . (Rapport Wilbee, mai 1993.) Ottawa: 1993.....	459
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 44. <i>Les crimes contre l'environnement</i> . Ottawa: La Commission, 1985.....	294

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport n° 31. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	294
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. <i>Pour une démocratie électorale renouvelée: rapport final</i> , vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1991	597
Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. Rapport final. <i>Un virage à prendre en douceur</i> , vol. 2. Ottawa: La Commission, 1993	948, 989
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 1, <i>Un passé, un avenir</i> . Ottawa: La Commission, 1996	1067
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 2, <i>Une relation à redéfinir</i> . Ottawa: La Commission, 1996	1087, 1135
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3, <i>Vers un ressourcement</i> . Ottawa: La Commission, 1996	970
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 2 ^e sess., 33 ^e lég., vol. I, 1986, 4 novembre 1986 (l'hon. Bob Kaplan), p. 1040.....	1195
Canada. Department of Justice. Admiralty and Maritime Law Section. <i>Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts: A Discussion Paper</i>	1261
Canada. Department of Justice. <i>Report and Recommendations of the 1995 Commission on Judges' Salaries and Benefits</i> , September 1996	105
Canada. Environnement Canada. <i>Le droit à un environnement sain: Aperçu du projet de loi sur la protection de l'environnement</i> . Par Tom McMillan. Ottawa: Environnement Canada, 1987	240, 303
Canada. Environment Canada. <i>The Right to a Healthy Environment: An Overview of the Proposed Environmental Protection Act</i> . By Tom McMillan. Ottawa: Environment Canada, 1987	240, 303
Canada. Environment Canada and Health and Welfare Canada. <i>Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada</i> . Ottawa: Environment Canada, 1976	316
Canada. Environment Canada and Health and Welfare Canada. <i>Final Report of the Environmental Contaminants Act Amendments Consultative Committee</i> . Ottawa: Environment Canada, 1986.....	240, 303
Canada. Environment Canada, Department of Fisheries and Oceans and Health and Welfare Canada. <i>Toxic Chemicals in the Great Lakes and Associated Effects</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1991 ...	316
Canada. Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada. <i>Background to the Regulation of Polychlorinated Biphenyls (PCB) in Canada: A report of the Task Force on PCB, April 1 1976 to the Environmental Contaminants Committee of Environment Canada and Health and Welfare Canada</i> . Ottawa: Environnement Canada, 1976	316
Canada. Environnement Canada et Santé et Bien-être social Canada. <i>Rapport final du Comité consultatif sur les modifications à la Loi sur les contaminants de l'environnement</i> . Ottawa: Environnement Canada, 1986	240, 303
Canada. Environnement Canada, Ministère des Pêches et des Océans et Santé et Bien-être social Canada. <i>Les produits chimiques toxiques dans les Grands Lacs et leurs effets connexes</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1991	316
Canada. Groupe de travail sur la gestion des produits chimiques. <i>L'intégral système de gestion des produits chimiques</i> . Ottawa: Environnement Canada, 1986.....	303
Canada. Health and Welfare Canada. Environmental Health Directorate, Health Protection Branch. <i>A Review of the Toxicology and Human Health Aspects of PCBs (1978-1982)</i> . Ottawa: Health and Welfare Canada, 1985	246, 316

Canada. Health Canada. <i>Joint Statement: Prevention of Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE) in Canada</i> . Ottawa: Health Canada, October 1996.....	969
Canada. House of Commons. Standing Committee on Environment and Sustainable Development. <i>It's About Our Health!: Towards Pollution Prevention</i> . Report of the House of Commons Standing Committee on Environment and Sustainable Development. Ottawa: Queen's Printer, 1995	309
Canada. House of Commons. Third Session of the Thirty-fourth Parliament, 1991-92-93. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Sub-Committee on Health Issues. Report of the Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. <i>Tragedy and Challenge: Canada's Blood System and HIV</i> . (Wilbee Report, May 1993.) Ottawa: 1993	459
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 2nd Sess., 33rd Parl., vol. I, 1986, November 4, 1986 (Hon. Bob Kaplan), p. 1040.....	1195
Canada. Law Reform Commission. Report No. 31. <i>Recodifying Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1987	294
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 44. <i>Crimes Against the Environment</i> . Ottawa: The Commission, 1985.....	294
Canada. Minister of Human Resources Development. <i>Improving Social Security in Canada. Persons with Disabilities: A Supplementary Paper</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1994	668
Canada. Ministère de la Justice. <i>Rapport et recommandations de la Commission de 1995 sur le traitement et les avantages des juges</i> , septembre 1996.....	105
Canada. Ministère de la Justice. Section de l'amirauté et du droit maritime. <i>Document de travail: Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime</i>	1261
Canada. Ministre du Développement des ressources humaines. <i>La sécurité sociale dans le Canada de demain. Personnes handicapées: Un document d'information</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1994.....	668
Canada. Parlement. Chambre des communes. <i>Jurisprudence parlementaire de Beauséjour: règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada</i> (6 ^e éd.). Par Alistair Fraser, W. F. Dawson et John A. Holtby. Toronto. Carswell, 1991	437
Canada. Parliament. House of Commons. <i>Beauséjour's Rules & Forms of the House of Commons of Canada, with Annotations, Comments and Precedents</i> , 6th ed. By Alistair Fraser, W. F. Dawson and John A. Holtby. Toronto: Carswell, 1989	437
Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la santé et du bien-être social, des affaires sociales, du troisième âge et de la condition féminine. Rapport. <i>Syndrome d'alcoolisme fœtal: une tragédie évitable</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, juin 1992	969
Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Health and Welfare, Social Affairs, Seniors and the Status of Women. Report. <i>Foetal Alcohol Syndrome: A Preventable Tragedy</i> . Ottawa: Queen's Printer, June 1992	969
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 1, <i>Looking Forward, Looking Back</i> . Ottawa: The Commission, 1996.....	1067
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2, <i>Restructuring the Relationship</i> . Ottawa: The Commission, 1996	1087, 1135
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 3, <i>Gathering Strength</i> . Ottawa: The Commission, 1996	970
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. <i>Reforming Electoral Democracy: Final Report</i> , vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1991	597

Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. Final Report. <i>Proceed with Care</i> , vol. 2. Ottawa: The Commission, 1993.....	948, 989
Canada. Santé Canada. <i>Prévention du syndrome d'alcoolisme fœtal (SAF) et des effets de l'alcool sur le fœtus (EAF) au Canada: déclaration conjointe</i> . Ottawa: Santé Canada, octobre 1996.....	969
Canada. Santé et Bien-être social Canada. Direction de l'hygiène du milieu, Direction générale de la protection de la santé. <i>Examen de la toxicologie et des questions sanitaires relatives aux BPC (1978-1982)</i> . Ottawa: Santé et Bien-être social Canada, 1985.....	246, 316
Canada. Statistics Canada. Housing, Family and Social Statistics Division. Target Groups Project. <i>A Portrait of Persons with Disabilities</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1995.....	669
Canada. Statistique Canada. Division des statistiques sociales, du logement et des familles. Projet des groupes cibles. <i>Un portrait des personnes ayant une incapacité</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1995	669
Canada. Task Force on the Management of Chemicals. <i>From Cradle to Grave: A Management Approach to Chemicals</i> . Ottawa: Environment Canada, 1986.....	303
Canadian Bar Association. Task Force on Health Care. <i>What's Law Got to Do with It? Health Care Reform in Canada</i> . Ottawa: The Association, 1994.....	646
Canadian Council of Resource and Environment Ministers. <i>The PCB Story</i> . Toronto: The Council, 1986	246, 316
Canadian Judicial Council. <i>Commentaries on Judicial Conduct</i> . Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991.....	504, 534
Cane, Peter. <i>Tort Law and Economic Interests</i> . Oxford: Clarendon Press, 1991	1232
Cardozo, Benjamin N. <i>The Nature of the Judicial Process</i> . New Haven: Yale University Press, 1921	504
Chevrette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit". Dans <i>De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis</i> . Montréal: Thémis, 1989, 71	915
Chilton, Elizabeth Ellen. "Ensuring Effective Communication: The Duty of Health Care Providers to Supply Sign Language Interpreters for Deaf Patients" (1996), 47 <i>Hastings L.J.</i> 871	682
Christie, Innis, Geoffrey England and Brent Cotter. <i>Employment Law in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1993	734, 750
Commission mondiale sur l'environnement et le développement. <i>Notre avenir à tous</i> . Montréal: Éditions du Fleuve, 1988	295
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990, "misconduct"	463
<i>Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "toxic"	261
Conseil canadien de la magistrature. <i>Propos sur la conduite des juges</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991	504, 534
Conseil canadien des ministres des ressources et de l'environnement. <i>La question des BPC</i> . Toronto: Le Conseil, 1986.....	246, 316
Daly, Warren B., and George H. Falter. "Contribution and Indemnity in Maritime Actions". In <i>Benedict on Admiralty</i> , vol. 2, 7th ed. New York: M. Bender, 1995 (loose-leaf updated June 1997, release 73) ...	1267
Devlin, Richard F. "We Can't Go On Together with Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in R. v. R.D.S." (1995), 18 <i>Dalhousie L.J.</i> 408	503, 527
Dicey, Albert Venn. <i>Introduction to the Study of the Law of the Constitution</i> , 10th ed. London: MacMillan, 1959	178
Dobson, S., and G. J. van Esch. Environmental Health Criteria 140. <i>Polychlorinated Biphenyls and Terphenyls</i> , 2nd ed. Geneva: World Health Organization, 1993.....	316
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	307

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.....	69
Dyzenhaus, David. "Developments in Administrative Law: The 1992-93 Term" (1994), 5 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 189	109
Elliot, Robin. "Scope of the Charter's Application" (1993), 15 <i>Advocates' Q.</i> 204	658
England, Geoffrey. "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1995), 20 <i>Queen's L.J.</i> 557.....	762
Farquhar, G. J., and J. Sykes. <i>PCB Behavior in Soils</i> . Ottawa: Waste Management Branch, Environmental Impact Control Directorate, Environmental Protection Service, 1978	317
Fitzgerald, Edward A. "The Constitutionality of Toxic Substances Regulation Under the Canadian Environ- mental Protection Act" (1996), 30 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 55	237
Fleming, John. "Tort in a Contractual Matrix" (1993), 5 <i>Canterbury L. Rev.</i> 269	1232
Flin, Rhona and J. R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] <i>Crim. L.R.</i> 189	1193
Forsythe, Clarke D. "Homicide of the Unborn Child: The Born Alive Rule and Other Legal Anachronisms" (1987), 21 <i>Val. U. L. Rev.</i> 563	978
Friedland, Martin L. <i>A Place Apart: Judicial Independence and Accountability in Canada</i> . Ottawa: Canadi- an Judicial Council, 1995	112
Friedland, Martin L. <i>Une place à part: l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada</i> . Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1995	113
Gagne, Jocelyn. "The Content of Aboriginal Title at Common Law: A Look at the Nishga Claim" (1982-83), 47 <i>Sask. L. Rev.</i> 309	1087
Gardner, Simon. "Knowing Assistance and Knowing Receipt: Taking Stock" (1996), 112 <i>L.Q.R.</i> 56	836
Gibson, Dale. "Constitutional Amendment and the Implied Bill of Rights" (1966-67), 12 <i>McGill L.J.</i> 497	182
Gibson, Dale. "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 <i>U.T.L.J.</i> 54	256
Gilbertson, Michael, et al. "Great Lakes Embryo Mortality, Edema, and Deformities Syndrome (GLEMEDS) in Colonial Fish-eating Birds: Similarity to Chick-Edema Disease", <i>Journal of Toxicology and Environ- mental Health</i> , 33 (1991): 455-520.....	316
Goundry, Sandra A., and Yvonne Peters. <i>Litigating for Disability Equality Rights: The Promises and the Pitfalls</i> . Prepared for the Canadian Disability Rights Council, Winnipeg. Winnipeg: Canadian Disabili- ty Rights Council, 1994	668
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 48, 4th ed. London: Butterworths, 1995 (reissue).....	821
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 20, 4th ed. London: Butterworths, 1993 (reissue).....	797
Hamilton, Alexander. <i>Le fédéraliste</i> , n° 78. Dans Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, <i>Le fédéraliste</i> . Paris: Economica, 1988, 644	173
Hamilton, Alexander. <i>The Federalist</i> , No. 78. In Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, <i>The Federalist Or, The New Constitution</i> , 2nd ed. New York: Blackwell, 1987, 397.....	173
Hampton, Thomas A. "An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements" (1982), 43 <i>Ohio St. L.J.</i> 195	897
Hanigsberg, Julia E. "Power and Procreation: State Interference in Pregnancy" (1991), 23 <i>Ottawa L. Rev.</i> 35	951
Harpum, Charles. "The Stranger as Constructive Trustee" (1986), 102 <i>L.Q.R.</i> 114	781, 840
Harris, David. <i>Wrongful Dismissal</i> . Don Mills, Ont.: De Boo, 1989 (loose-leaf updated 1997, release 4)	731
Heuston, R. F. V. <i>Lives of the Lord Chancellors 1885-1940</i> . Oxford: Clarendon Press, 1964.....	179
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.....	1122

Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	70, 182, 236, 273, 644
Holland, Denys C., and John P. McGowan. <i>Delegated Legislation in Canada</i> . Toronto: Carswell, 1989	236, 273
Holmes, Oliver Wendell. "The Path of the Law" (1897), 10 <i>Harv. L. Rev.</i> 457	981
Howard, Michael Newman, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. <i>Phipson on Evidence</i> , 14th ed. London: Sweet & Maxwell, 1990	1073
Jacobson, Joseph L., and Sandra W. Jacobson. "A 4-year Followup Study of Children Born to Consumers of Lake Michigan Fish", <i>Journal of Great Lakes Research</i> 19(4) (1993): 776-83	316
Johnsen, Dawn E. "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection" (1986), 95 <i>Yale L.J.</i> 599	950
<i>Kahn-Freund's Labour and the Law</i> , 3rd ed. By Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983	741
Klar, Lewis. "Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors". In Lewis Klar, ed., <i>Studies in Canadian Tort Law</i> . Toronto: Butterworths, 1977	1267
Klar, Lewis. "No Fault Insurance for Auto Accident Victims: A Background Paper", prepared for the Canadian Bar Association, Alberta Branch, Fault/No Fault Insurance Task Force, April 1991	558
Kurland, Philip B. "The Constitution and the Tenure of Federal Judges: Some Notes from History" (1968-69), 36 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 665	188
Kyres, Catherine A. "A Cracked' Image of My Mother/Myself? The Need for a Legislative Directive Proscribing Maternal Drug Abuse" (1991), 25 <i>New Eng. L. Rev.</i> 1325	990
Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 <i>Can. Bar Rev.</i> 77	182
Lathi, Diana B. "Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases" (1997), 68 <i>U. Colo. L. Rev.</i> 507	1196
Leclair, Jean. "Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement" (1996), 27 <i>R.G.D.</i> 137	290
Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 <i>Can. Bar Rev.</i> 769, 1139.....	98, 176
Lederman, W. R. "Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation" (1975), 53 <i>Can. Bar Rev.</i> 597	314
Lederman, W. R. «Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation» (1975), 53 <i>R. du B. can.</i> 597	314
Lefebvre, Brigitte. "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec". Dans <i>Développements récents en droit civil</i> (1994). Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149	874
Lepofsky, M. David. "A Report Ca i on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years -- What Progress? What Prospects?" (1997), 7 <i>N.J.C.L.</i> 263	668
Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 <i>R.D. McGill.</i> 382.....	1092
Macklem, Patrick. "First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination" (1991), 36 <i>McGill L.J.</i> 382.....	1092
Manitoba. Children and Youth Secretariat. <i>Strategy Considerations for Developing Services for Children and Youth</i> . Winnipeg: Children and Youth Secretariat, March 1997	968
Manitoba. Commission de réforme du droit. Report 72. <i>Report on the Independence of Provincial Judges</i> . Winnipeg: La Commission, 1989.....	112
Manitoba. Law Reform Commission. Report 72. <i>Report on the Independence of Provincial Judges</i> . Winnipeg: The Commission, 1989.....	112

McGrath, Mike and Carolyn Clemens. "The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases" (1985), 46 <i>Mont. L. Rev.</i> 229.....	1196
McGuinness, Kevin Patrick. <i>The Law of Guarantee: A Treatise on Guarantee, Indemnity and the Standby Letter of Credit</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.....	790, 797
McLachlin, Beverley. "The Evolution of Equality" (1996), 54 <i>Advocate</i> 559	667
McLellan, A. Anne, and Bruce P. Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 <i>Alta. L. Rev.</i> 361	660
McLeod, Clay. "The Oral Histories of Canada's Northern People, Anglo-Canadian Evidence Law, and Canada's Fiduciary Duty to First Nations: Breaking Down the Barriers of the Past"-(1992), 30 <i>Alta. L. Rev.</i> 1276	1068
McNeil, Kent. <i>Common Law Aboriginal Title</i> . Oxford: Clarendon Press, 1989	1082
McNeil, Kent. "The Constitutional Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1982), 4 <i>Sup.Ct. L. Rev.</i> 255	1092
McNeil, Kent. "The Meaning of Aboriginal Title". In Michael Asch, ed., <i>Aboriginal and Treaty Rights in Canada</i> . Vancouver: U.B.C. Press, 1997.....	1082
Megarry, Robert E., and H. W. R. Wade. <i>The Law of Real Property</i> , 4th ed. London: Stevens, 1975.....	1090
Millett, Sir Peter. "Tracing the Proceeds of Fraud" (1991), 107 <i>L.Q.R.</i> 71.....	822
Moffatt, Michael E. K., A. E. Chudley, D. Kowlessar and J. Evans. <i>Fetal Alcohol Syndrome, Fetal Alcohol Effects and the Impact of Alcohol Exposure during Pregnancy on School Performance and Behavior in School-age Children in a First Nation Community</i> , November 1996	968
Molinari, Patrick A., et Pierre Trudel. "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications". Dans Formation permanente du Barreau du Québec, <i>Application des Chartes des droits et libertés en matière civile</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 197.....	912
Myers, Ross S. "The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look" (1986), 23 <i>Cal. W. L. Rev.</i> 24	907
Nations Unies. Commission des droits de l'Homme. <i>Projet de déclaration universelle sur l'indépendance de la justice</i> , 1988	116
Nations Unies. Septième Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants. <i>Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature</i> . New York: Nations Unies, Département de l'information, 1988.....	116
Nedelsky, Jennifer. "Embodied Diversity and the Challenges to Law" (1997), 42 <i>McGill L.J.</i> 91	506
Norstrom, Ross J. (Environment Canada), and Derek C. G. Muir (Department of Fisheries and Oceans). "Chlorinated Hydrocarbon Contaminants in Arctic Marine Mammals", <i>The Science of the Total Environment</i> 154 (1994): 107-28	316
Note. "Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection" (1974-1975), 84 <i>Yale L.J.</i> 1684	907
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1995, «recevoir»	797
<i>Nouveau Petit Robert</i> . Paris: Le Robert, 1995, «toxique»	261, 305
Nouvelle-Écosse. Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils. <i>Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils</i> . Halifax: La Commission, 1989.....	508, 544
Nova Scotia. Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. <i>Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution</i> . Halifax: The Commission, 1989.....	508, 544
Omatsu, Maryka. "The Fiction of Judicial Impartiality" (1997), 9 <i>C.J.W.L.</i> 1	534
Organization for Economic Co-operation and Development. <i>Protection of the Environment by Control of Polychlorinated Biphenyls</i> . Paris: OECD, 1973.....	316

<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "receive"	797
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "toxic"	305
O'Byrne, Shannon Kathleen. "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 70.....	762
O'Byrne, Shannon Kathleen. «Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments» (1995), 74 <i>R. du B. can.</i> 70.....	762
O'Donnell, Allan. <i>Automobile Insurance in Ontario</i> . Toronto: Butterworths, 1991	559
O'Reilly, James. "La Loi constitutionnelle de 1982, droit des autochtones" (1984), 25 <i>C. de D.</i> 125.....	1092
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. <i>The Law of Evidence</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1996	505
Pentney, William. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada in the <i>Constitution Act, 1982</i> Part II -- Section 35: The Substantive Guarantee" (1988), 22 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 207.....	1087
Perry, Nancy Walker and Bradley D. McAuliff, "The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications" (1993), 7 <i>Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y</i> 387	1197
Pettit, Philip H. <i>Equity and the Law of Trusts</i> , 7th ed. London: Butterworths, 1993.....	818
Pothier, Dianne. "M'Aider, Mayday: Section 15 of the <i>Charter</i> in Distress" (1996), 6 <i>N.J.C.L.</i> 295	676
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , 5 avril 1978, vol. 20, n° 17, pp. 708, 710	608
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats: Commissions parlementaires</i> , 2 ^e sess., 31 ^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales. Étude du livre blanc sur la consultation populaire, novembre et décembre 1977.....	608
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats: Commissions parlementaires</i> , 3 ^e sess., 31 ^e lég. Commission permanente de la présidence du conseil et de la constitution. Étude du projet de loi n° 92 — Loi sur la consultation populaire, 7 juin 1978, n° 114, pp. B-4505 à B-4509; 12 juin 1978, n° 126, pp. B-4930 à B-4941; 16 juin 1978, n° 139, pp. B-5506 à B-5520	609
Quebec. Gouvernement du Québec. <i>Consulting the People of Québec</i> . Québec: Éditeur officiel du Québec, 1977	607
Québec. Gouvernement du Québec. <i>La consultation populaire au Québec</i> . Québec: Éditeur officiel du Québec, 1977.....	607
Reiter, B. J. "Good Faith in Contracts" (1983), 17 <i>Val. U. L. Rev.</i> 705.....	762
Renke, Wayne N. <i>Invoking Independence: Judicial Independence as a No-cut Wage Guarantee</i> . Points of View No. 5. Edmonton: Centre for Constitutional Studies, 1994.....	98
<i>Restatement (Second) of Torts</i> § 418 (1965)	1172
Roach, Kent. <i>Constitutional Remedies in Canada</i> . Toronto: Canada Law Book, 1996.....	386
Ross, June M. "Applying the Charter to Discretionary Authority" (1991), 29 <i>Alta. L. Rev.</i> 382.....	651
Sacks, Oliver. <i>Seeing Voices: A Journey Into the World of the Deaf</i> . Los Angeles: University of California Press, 1989.....	669
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996	1267
Sanders, Douglas. «Les droits préexistants: les peuples autochtones du Canada». Dans Gérald-A. Beaudoin et Ed Ratushny, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 779	1092
Sanders, Douglas. "Pre-Existing Rights: The Aboriginal Peoples of Canada". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989, 707	1092
Sanders, Douglas. "The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 314.....	1092
Sanders, Douglas. «The Rights of the Aboriginal Peoples of Canada» (1983), 61 <i>R. du B. can.</i> 314.....	1092

Schai, Randall B. "Aggravated Damages and the Employment Contract" (1991), 55 <i>Sask. L. Rev.</i> 345.....734,	761
Schauer, Frederick. "Giving Reasons" (1995), 47 <i>Stan. L. Rev.</i> 633	109
Schmeiser, Douglas A., and W. Howard McConnell. <i>The Independence of Provincial Court Judges: A Public Trust</i> . Toronto: Canadian Association of Provincial Court Judges, 1996	113
Schmeiser, Douglas A., et W. Howard McConnell. <i>L'indépendance des juges des cours provinciales: un gage commun</i> . Toronto: Association canadienne des juges de cours provinciales, 1996.....	113
Scott, F. R. <i>Civil Liberties and Canadian Federalism</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1959	182
Shetreet, Shimon. "Judicial Independence: New Conceptual Dimensions and Contemporary Challenges". In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 590.....	87
Singleton, Thomas J. "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 446	901
Singleton, Thomas J. «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter» (1995), 74 <i>R. du B. can.</i> 446	901
Slattery, Brian. <i>Ancestral Lands, Alien Laws: Judicial Perspectives on Aboriginal Title</i> . Saskatoon: University of Saskatchewan Native Law Centre, 1983	1087
Slattery, Brian. "The Constitutional Guarantee of Aboriginal and Treaty Rights" (1982-83), 8 <i>Queen's L.J.</i> 232	1087
Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 727	1087, 1131
Slattery, Brian. «Understanding Aboriginal Rights» (1987), 66 <i>R. du B. can.</i> 727	1087, 1131
Swan, John. "Extended Damages and Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia" (1990), 16 <i>Can. Bus. L.J.</i> 213.....	734
Swanton, J. P. "Non-delegable Duties: Liability for the Negligence of Independent Contractors (Part I)" (1991), 4 <i>J. Contract L.</i> 183.....	1172
Swinton, Katherine. "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., <i>Studies in Contract Law</i> . Toronto: Butterworths, 1980, 357	741
Tetley, William. "A Definition of Canadian Maritime Law" (1996), 30 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 137.....	1263
Turpin, Colin. <i>British Government and the Constitution: Text, Cases and Materials</i> , 3rd ed. London: Butterworths, 1995.....	178
<i>Underhill and Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees</i> , 14th ed. By David J. Hayton. London: Butterworths, 1987.....	821
United Kingdom. House of Lords. <i>Parliamentary Debates</i> , vol. 90, cols. 67-68, November 23, 1933.....	179
United Nations. Commission on Human Rights. <i>Draft Universal Declaration on the Independence of Justice</i> , 1988	116
United Nations Environment Programme. <i>Global Environmental Issues</i> . Dublin: Tycooly International Publishing Ltd., 1982	296
United Nations. Seventh Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. <i>Basic Principles on the Independence of the Judiciary</i> . New York: United Nations, Department of Public Information, 1988.....	116
University of Washington School of Medicine. Department of Psychiatry and Behavioral Sciences. <i>Understanding the Occurrence of Secondary Disabilities in Clients with Fetal Alcohol Syndrome (FAS) and Fetal Alcohol Effects (FAE)</i> . Prepared by Ann P. Streissguth, Helen M. Barr, Julia Kogan, and Fred L. Bookstein. Seattle, Wash.: University of Washington School of Medicine, August 1996	969
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1997.....	736

Wade, E. C. S., and A. W. Bradley. <i>Constitutional and Administrative Law</i> , 11th ed. By A. W. Bradley and K. D. Ewing with T. St. J. N. Bates. London: Longman, 1993.....	178
Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 <i>U.T.L.J.</i> 307.....	182
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.....	327
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.....	327
Williams, Glanville. <i>Joint Torts and Contributory Negligence: A Study of Concurrent Fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions</i> . London: Stevens & Sons, 1951.....	1268
Williams, Glanville. "Liability for Independent Contractors", [1956] <i>Cambridge L.J.</i> 180.....	1172
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1983.....	327
Wilson, J. O. <i>A Book for Judges</i> . Ottawa: Canadian Judicial Council, 1980.....	421
World Commission on Environment and Development. <i>Our Common Future</i> . Oxford: Oxford University Press, 1987.....	295
World Health Organization, United Nations Environment Programme and International Labour Organization. <i>Polychlorinated Biphenyls (PCBs) and Polychlorinated Terphenyls (PCTs) Health and Safety Guide</i> . Geneva: World Health Organization, 1992.....	315

Paula Leeann Lewis and Shannon Lee Lewis, Infants by their Guardian *ad litem*, Diana Holt, and Leeland Gordon James Holt, Bobbi-Jo Holt, and Shayne Calvert Holt, Infants by their Guardian *ad litem*, Gail Nachbar, and the said Diana Holt and Jeffrey David Holt *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: LEWIS (GUARDIAN *ad litem* OF) v. BRITISH COLUMBIA

File No.: 24999.

1997: October 7; 1997: December 11.

Present: Sopinka,* Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to remove rocks from cliff face — Contractor performing work negligently, leaving rocks protruding from cliff face — Driver fatally injured when one of rocks fell from cliff face and crashed through his windshield — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

Rocks fell from the cliff face at the side of a highway in British Columbia, and one crashed through the windshield of a car, fatally injuring the driver. The provincial Ministry of Transportation and Highways was aware that the cliff face required scaling to prevent rocks falling on the highway and engaged a contractor to perform the work. The work was done negligently and rocks which should have been removed remained on the cliff face. The trial judge found that the contractor was negligent in failing to remove the protruding rocks, and that its failure to maintain the highway pursuant to its contractual duties gave rise to liability on the part of the respondent provincial Crown for a corresponding breach of its own duty to maintain the highway reasona-

*Sopinka J. took no part in the judgment.

Paula Leeann Lewis et Shannon Lee Lewis, mineures représentées par leur tutrice à l'instance, Diana Holt, et Leeland Gordon James Holt, Bobbi-Jo Holt, et Shayne Calvert Holt, mineurs représentés par leur tutrice à l'instance, Gail Nachbar, et ladite Diana Holt et Jeffrey David Holt *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique *Intimée*

RÉPERTORIÉ: LEWIS (TUTRICE À L'INSTANCE DE) c. COLOMBIE-BRITANNIQUE

N° du greffe: 24999.

1997: 7 octobre; 1997: 11 décembre.

Présents: Les juges Sopinka*, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial engageant un entrepreneur indépendant pour retirer des roches d'une falaise — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en laissant des aspérités rocheuses — Conducteur atteint mortellement lorsque l'un de ces blocs de roc s'est détaché de la falaise et a défoncé le pare-brise de son véhicule — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

L'une des roches qui se sont détachées de la falaise longeant une route en Colombie-Britannique a atteint mortellement un automobiliste, après avoir défoncé le pare-brise du véhicule qu'il conduisait. Le ministère provincial des Transports et de la Voirie savait que la falaise nécessitait un décapage afin d'empêcher la chute de roches sur la route, et il a confié l'exécution des travaux à un entrepreneur. Les travaux ont été exécutés d'une manière négligente et des roches qui auraient dû être enlevées sont restées sur la falaise. Le juge de première instance a conclu que l'entrepreneur avait fait preuve de négligence en omettant d'enlever ces aspérités rocheuses et que son omission d'entretenir la route conformément à ses obligations contractuelles engageait

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

bly. He concluded as a result that the respondent was liable for the contractor's negligence and rejected its submissions that either s. 3 of the *Crown Proceeding Act* or s. 8(2) of the *Occupiers Liability Act* limited the Crown's liability. The Court of Appeal reversed this decision and directed a new trial.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: The British Columbia *Highway Act* and *Ministry of Transportation and Highways Act* explicitly grant the Minister of Transportation and Highways a measure of discretion over the maintenance of the highways. The private law duty of care established by the *Anns* test therefore stands alongside this statutory authority and is applicable once the Ministry makes a policy decision to undertake maintenance work on the highways, as it clearly did here. Pursuant to the *Anns* test, the duty to use reasonable care was owed to the driver if there was a sufficient relationship of proximity between the Ministry and him "such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter". That was clearly the case here. When the Ministry undertook these operations, it knew or ought to have known that failure to perform the stabilization work with due care would result in harm to the users of the highway.

The applicable statutes clearly indicate that the Ministry has the management and direction of all matters relating to construction, repair and maintenance of the highways and must direct those operations. The paramount authority and direction for repairs and maintenance thus lies with the Ministry. That statutory authority, when exercised, gives rise to a duty to perform that work with reasonable care. The same responsibility to exercise reasonable care in performing the authorized work that is applicable to the Ministry extends to independent contractors engaged by the Ministry to perform the work. Section 48 of the *Ministry of Transportation and Highways Act*, which provides that the minister "shall direct" the maintenance of all highways, clearly demonstrates that the legislature intended to foreclose any possibility of the Ministry delegating work to a contractor and thereafter abandoning any responsibility for the execution of the work. The imposition of personal

la responsabilité de l'intimée Sa Majesté du chef de la province pour un manquement correspondant à sa propre obligation d'assurer l'entretien raisonnable de la route. Il a donc conclu que l'intimée était responsable de la négligence de l'entrepreneur et a rejeté son argument voulant que soit l'art. 3 de la *Crown Proceeding Act* soit le par. 8(2) de l'*Occupiers Liability Act* limitait la responsabilité de l'État. La Cour d'appel a infirmé cette décision et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: La *Highway Act* et la *Ministry of Transportation and Highways Act* de la Colombie-Britannique accordent explicitement au ministre des Transports et de la Voirie un certain pouvoir discrétionnaire sur l'entretien des routes. L'obligation de diligence de droit privé établie par le critère de l'arrêt *Anns* accompagne donc ce pouvoir conféré par la loi et s'applique dès que le Ministère prend la décision de politique d'exécuter des travaux d'entretien des routes, comme il l'a clairement fait ici. Selon le critère de l'arrêt *Anns*, il y avait une obligation de diligence raisonnable envers le conducteur s'il existait entre le Ministère et lui un lien de proximité suffisamment étroit «pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne». C'était clairement le cas en l'espèce. Lorsque le Ministère a entrepris ces travaux, il savait, ou aurait dû savoir, que l'omission de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux de stabilisation causerait un préjudice aux usagers de la route.

Les lois applicables indiquent clairement que le Ministère est chargé de la gestion et de la supervision de toutes les questions relatives à la construction, à la réparation et à l'entretien des routes, et que c'est lui qui doit diriger ces travaux. L'autorisation et la direction suprêmes des travaux de réparation et d'entretien relèvent donc du Ministère. Lorsqu'il est exercé, ce pouvoir d'autorisation conféré par la loi engendre l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable en exécutant les travaux. L'obligation, qui incombe au Ministère, de faire preuve de diligence raisonnable en exécutant les travaux autorisés incombe aussi aux entrepreneurs indépendants à qui le Ministère a confié leur exécution. Il ressort clairement de l'art. 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, qui prévoit que le ministre «dirige» les travaux d'entretien de toutes les routes, que le législateur a voulu écarter toute possibilité que le Ministère délègue des travaux à un entrepreneur et se

liability on the Ministry for its contractor's failure to discharge the duty to take due care ancillary to the Ministry's statutory power flows from this section and the overall general scheme of the applicable statutes. It is also supported by the long-standing recognition of the principle that the exercise of statutory authority may give rise to a "non-delegable" duty to use reasonable care in the performing of the required work.

There are further policy factors which support the finding that the Ministry should be responsible for the negligence of its independent contractor. The particular vulnerability of the travelling public should be a significant factor in reaching that conclusion. The vast majority of highway travellers are in no position to assess the extent or nature of the construction and maintenance work which should be done, the competence of those undertaking the work or the financial responsibility of any independent contractor performing the work. They should be entitled to look to the respondent as the entity responsible for taking reasonable care in carrying out the repairs and maintenance of the roads. Other practical considerations favour imposing liability on the respondent for the negligence of its independent contractors. A person injured on the road as a result of the negligence of an independent contractor should not have to seek out the identity of the contractor responsible in order to bring an action and trust to luck that that contractor is financially responsible. Moreover, the Crown can always stipulate whatever form of indemnification for negligently performed work that it requires from an independent contractor as a condition of entering into the contract for repair or maintenance. As well, the pertinent statutes may always be amended so as to absolve the respondent from any liability in the performance of construction, repairs or maintenance of highways.

Sections 3(2)(b) and 3(2)(f) of the *Crown Proceeding Act* do not restrict the scope of the Crown's liability in this case. Nor does s. 8 of the *Occupiers Liability Act* reduce the Crown's liability as an occupier of the highway.

Per McLachlin J.: Cory J.'s reasons are substantially agreed with. The issue is whether the Crown's duty to users of its highways is non-delegable. In essence, a non-delegable duty is a duty not only to take care, but to ensure that care is taken. To determine whether a non-

décharge ainsi de toute responsabilité quant à leur exécution. L'imposition d'une responsabilité personnelle au Ministère pour l'omission de son entrepreneur de s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable, qui se rattache au pouvoir conféré au Ministère par la loi, découle de cet article et de l'économie globale des lois applicables. Elle s'appuie aussi sur le principe reconnu depuis longtemps que l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi peut engendrer une obligation «intransmissible» de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux requis.

Il y a d'autres considérations de politique générale qui justifient de conclure que le Ministère devrait être responsable de la négligence de son entrepreneur indépendant. La vulnérabilité particulière du public voyageur devrait être un facteur important pour tirer cette conclusion. La grande majorité des voyageurs qui empruntent les routes ne sont pas en mesure d'évaluer l'étendue ou la nature des travaux de construction ou d'entretien qui devraient être exécutés, la compétence de ceux qui entreprennent ces travaux ni la solvabilité de l'entrepreneur indépendant qui les exécute. Ils devraient avoir le droit de considérer que l'intimée est l'entité qui a la responsabilité de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux de réparation et d'entretien des routes. D'autres raisons pratiques favorisent l'imposition d'une responsabilité à l'intimée pour la négligence de ses entrepreneurs indépendants. Une personne, blessée sur la route par suite de la négligence d'un entrepreneur indépendant, ne devrait pas être obligée de chercher à établir l'identité de l'entrepreneur responsable afin d'intenter une action et compter sur la chance pour que l'entrepreneur soit solvable. En outre, l'État peut toujours prescrire une forme quelconque d'indemnisation pour des travaux exécutés négligemment, à laquelle il demandera à un entrepreneur indépendant de consentir pour obtenir un contrat de réparation ou d'entretien. De même, les lois pertinentes peuvent toujours être modifiées de manière à exonérer l'intimée de toute responsabilité quant à l'exécution de travaux de construction, de réparation ou d'entretien des routes.

Les alinéas 3(2)(b) et 3(2)(f) de la *Crown Proceeding Act* ne restreignent pas l'étendue de la responsabilité de l'État en l'espèce. L'article 8 de l'*Occupiers Liability Act* ne réduit pas non plus la responsabilité de l'État à titre d'occupant de la route.

Le juge McLachlin: Les motifs du juge Cory sont acceptés en grande partie. La question en litige est de savoir si l'obligation de l'État envers les usagers de ses routes est intransmissible. Une obligation intransmissible est essentiellement une obligation non seulement de

delegable duty should be imposed, the Court should examine the relationship between the parties and ask whether that relationship possesses elements that make it appropriate to hold the defendant liable for the negligence of its independent contractor. In this case, the fact that road maintenance is entirely within the power of the Ministry is an important element to consider. So is the correlative fact that this renders the public, who often have no choice but to use the highway, totally vulnerable as to how, and by whom, road maintenance is performed. Finally, the fact that safety and lives are at issue is of critical importance. The Ministry cannot discharge its duty in this case merely by proving that it exercised reasonable care in hiring and supervising the contractor, but must go further and ensure that the contractor's work was carried out without negligence.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Tucker (Public Trustee of) v. Asleson* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173, rev'g in part [1991] B.C.J. No. 954 (QL); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Hole v. Sittingbourne and Sheerness Railway Co.* (1861), 6 H. & N. 488, 158 E.R. 201; *Kitchener (City of) v. Robe and Clothing Co.*, [1925] S.C.R. 106; *Vancouver Power Co. v. Hounsome* (1914), 49 S.C.R. 430; *St. John (City of) v. Donald*, [1926] S.C.R. 371; *Dalton v. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740; *Hardaker v. Idle District Council*, [1896] 1 Q.B. 335; *Darling v. Attorney-General*, [1950] 2 All E.R. 793; *Fisher v. Ruislip-Northwood U.D.C.*, [1945] 2 All E.R. 458; *Kondis v. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672; *Burnie Port Authority v. General Jones Pty. Ltd.* (1994), 179 C.L.R. 520.

By McLachlin J.

Applied: *Kondis v. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672; **referred to:** *Pickard v. Smith* (1861), 10 C.B. (N.S.) 470, 142 E.R. 535; *Dalton v. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740.

faire preuve de diligence, mais encore de s'assurer que l'on fasse preuve de diligence. Pour déterminer s'il y a lieu d'imposer une obligation intransmissible, la Cour devrait examiner la relation entre les parties et se demander si cette relation comporte des éléments qui justifient de tenir le défendeur responsable de la négligence de son entrepreneur indépendant. En l'espèce, le fait que l'entretien des routes relève entièrement du pouvoir du Ministère est un élément important à considérer. Il en est de même du fait corrélatif que cela rend le public, qui souvent n'a d'autre choix que d'utiliser la route, tout à fait vulnérable en ce qui concerne la façon dont l'entretien des routes est fait et l'identité de ceux qui l'effectuent. Finalement, le fait que la sécurité et des vies soient en jeu est d'une importance cruciale. Le Ministère ne peut s'acquitter de son obligation, en l'espèce, en prouvant simplement qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en engageant l'entrepreneur et en supervisant son travail. Il doit aller plus loin et s'assurer que l'entrepreneur n'a pas fait preuve de négligence en exécutant les travaux.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Tucker (Public Trustee of) c. Asleson* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173, inf. en partie [1991] B.C.J. No. 954 (QL); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Hole c. Sittingbourne and Sheerness Railway Co.* (1861), 6 H. & N. 488, 158 E.R. 201; *Kitchener (City of) c. Robe and Clothing Co.*, [1925] R.C.S. 106; *Vancouver Power Co. c. Hounsome* (1914), 49 R.C.S. 430; *St. John (City of) c. Donald*, [1926] R.C.S. 371; *Dalton c. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740; *Hardaker c. Idle District Council*, [1896] 1 Q.B. 335; *Darling c. Attorney-General*, [1950] 2 All E.R. 793; *Fisher c. Ruislip-Northwood U.D.C.*, [1945] 2 All E.R. 458; *Kondis c. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672; *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.* (1994), 179 C.L.R. 520.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Kondis c. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672; **arrêts mentionnés:** *Pickard c. Smith* (1861), 10 C.B. (N.S.) 470, 142 E.R. 535; *Dalton c. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740.

Statutes and Regulations Cited

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86, ss. 2, 3.
Highway Act, R.S.B.C. 1979, c. 167, ss. 8(1) [am. 1990, c. 58, s. 10], 28(1) "maintenance", 33(1).
Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, c. 280, ss. 14, 48.
Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, c. 303, s. 8.

Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
Restatement (Second) of Torts § 418 (1965).
 Swanton, J. P. "Non-delegable Duties: Liability for the Negligence of Independent Contractors (Part I)" (1991), 4 *J. Contract L.* 183.
 Williams, Glanville. "Liability for Independent Contractors", [1956] *Cambridge L.J.* 180.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1, [1996] 1 W.W.R. 489, 63 B.C.A.C. 241, 104 W.A.C. 241, 16 M.V.R. (3d) 161, [1995] B.C.J. No. 1962 (QL), reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 91 B.C.L.R. (2d) 365, [1994] 6 W.W.R. 737, [1994] B.C.J. No. 274 (QL), allowing the plaintiffs' action against the provincial Crown. Appeal allowed.

John N. Laxton, Q.C., and *Robert D. Gibbens*, for the appellants.

William A. Pearce, Q.C., and *J. Douglas Eastwood*, for the respondent.

The judgment of Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

CORY J. — The respondent was aware that the rock face bordering Highway 99 in the Province of British Columbia required scaling to prevent rocks falling on the highway. The Ministry of Transportation and Highways engaged a contractor (Cerka Contract Management Ltd. ("Cerka")) to perform the work. The work was done negligently and rocks which should have been scaled or removed remained on the cliff face. Unfortunately one of those rocks fell and killed Robert Holt as he was driving north on the highway. If the work had been

Lois et règlements cités

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, ch. 86, art. 2, 3.
Highway Act, R.S.B.C. 1979, ch. 167, art. 8(1) [mod. 1990, ch. 58, art. 10], 28(1) «maintenance», 33(1).
Ministry of Transportation and Highways Act, R.S.B.C. 1979, ch. 280, art. 14, 48.
Occupiers Liability Act, R.S.B.C. 1979, ch. 303, art. 8.

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.
Restatement (Second) of Torts § 418 (1965).
 Swanton, J. P. «Non-delegable Duties: Liability for the Negligence of Independent Contractors (Part I)» (1991), 4 *J. Contract L.* 183.
 Williams, Glanville. «Liability for Independent Contractors», [1956] *Cambridge L.J.* 180.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1, [1996] 1 W.W.R. 489, 63 B.C.A.C. 241, 104 W.A.C. 241, 16 M.V.R. (3d) 161, [1995] B.C.J. No. 1962 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 91 B.C.L.R. (2d) 365, [1994] 6 W.W.R. 737, [1994] B.C.J. No. 274 (QL), qui avait accueilli l'action des demandeurs contre Sa Majesté du chef de la province. Pourvoi accueilli.

John N. Laxton, c.r., et *Robert D. Gibbens*, pour les appelants.

William A. Pearce, c.r., et *J. Douglas Eastwood*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE CORY — L'intimée savait que la paroi rocheuse longeant la route 99 en Colombie-Britannique nécessitait un décapage afin d'empêcher la chute de roches sur la route. Le ministère des Transports et de la Voirie a confié l'exécution des travaux à un entrepreneur (Cerka Contract Management Ltd. («Cerka»)). Les travaux ont été exécutés d'une manière négligente et des roches qui auraient dû être enlevées sont restées sur la falaise. Malheureusement, l'une de ces roches est tombée et a tué Robert Holt au moment où il rou-

done by employees of the respondent there is no doubt that it would be liable for the damages resulting from the demise of Mr. Holt. The sole issue to be resolved is whether by engaging an independent contractor to do the work, the respondent is absolved from liability.

Factual Background

2 This is one of those rare tort cases where little needs to be said about the facts. Rocks fell from the cliff face at the side of the highway, and one crashed through the windshield of the car driven by Mr. Holt and fatally injured him. The respondent was aware of the potential dangers presented by the condition of the rock face. It contracted with Cerka to scale, that is to say, to remove dangerous rocks from that rock face. When Cerka completed its work in 1988, two rocks protruded dangerously from the cliff face. In the words of a former employee of Cerka, they "stuck out like a sore thumb". It was apparent from photographs of the rock face taken before and after Mr. Holt's injury that one of those rocks fell and struck Mr. Holt.

3 The trial judge found Cerka was negligent in failing to remove the protruding rocks. There is ample evidence to support that finding and indeed it is not contested. This action was brought against the respondent, who contends that it was absolved from liability as a result of retaining the independent contractor Cerka to do the work. Although there might be some doubt as to whether or not the respondent adequately supervised the work of Cerka, issue was joined only on the question as to whether the Crown was exempt from liability as a result of engaging the independent contractor.

lait en direction nord sur la route. Si les travaux avaient été effectués par des employés de l'intimée, il ne fait aucun doute que cette dernière serait responsable des préjudices résultant du décès de M. Holt. La seule question à trancher est de savoir si le fait d'avoir confié l'exécution des travaux à un entrepreneur indépendant exonère l'intimée de toute responsabilité.

Les faits

Il s'agit d'une de ces rares actions délictuelles où les faits peuvent être résumés en peu de mots. L'une des roches qui se sont détachées de la falaise longeant la route a atteint mortellement M. Holt, après avoir défoncé le pare-brise de l'automobile qu'il conduisait. L'intimée était au courant des risques que présentait l'état de la paroi rocheuse. Elle a conclu un contrat avec Cerka pour que celle-ci procède au décapage de la paroi rocheuse, c'est-à-dire pour qu'elle en retire les roches qui constituaient un danger. Lorsque Cerka a terminé les travaux en 1988, le roc de la falaise présentait deux aspérités dangereuses. Au dire d'un ancien employé de Cerka, ces aspérités [TRADUCTION] «sautaient aux yeux». Il ressortait des photographies de la paroi rocheuse, prises avant et après les blessures subies par M. Holt, que c'était l'un de ces blocs de roc qui était tombé et avait atteint M. Holt.

Le juge de première instance a conclu que Cerka avait fait preuve de négligence en omettant d'enlever ces aspérités rocheuses. Une preuve abondante appuie cette conclusion qui, en fait, n'est pas contestée. La présente action a été intentée contre l'intimée, qui soutient qu'elle était exonérée de toute responsabilité du fait d'avoir confié l'exécution des travaux à l'entrepreneur indépendant Cerka. Bien qu'il puisse y avoir des doutes quant à savoir si l'intimée a supervisé adéquatement le travail de Cerka, le litige ne porte que sur la question de savoir si l'État était exonéré de toute responsabilité du fait d'avoir retenu les services d'un entrepreneur indépendant.

Decisions Below

The Supreme Court of British Columbia (1994), 91 B.C.L.R. (2d) 365

The trial judge relied upon the principle put forward in *Tucker (Public Trustee of) v. Asleson* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173 (C.A.), that “a failure by an independent contractor to maintain the highway reasonably may give rise to an original liability on the part of the Crown if it amounts to a breach of the Crown’s duty” (p. 378). Accordingly, the trial judge determined that Cerka’s failure to maintain the highway pursuant to its contractual duties gave rise to liability on the part of the respondent for a corresponding breach of its own duty to maintain the highway reasonably. He concluded as a result that the respondent was liable for Cerka’s negligence and rejected its submissions that either s. 3 of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, or s. 8(2) of the *Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, c. 303, limited the Crown’s liability.

The Court of Appeal of British Columbia (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1

The Court of Appeal reversed the trial judge and directed a new trial. The majority found that a principal in a position such as that of the Ministry of Transportation and Highways is only liable for the negligence of its independent contractor where the principal and its agent are under the same duty of care. The majority determined that s. 8(2) of the *Occupiers Liability Act* could reduce or limit the scope of the Crown’s duty to maintain the highway. The majority was of the view that “the obligation to reasonably maintain the highway is something less than an obligation to make the highway safe other than by acting reasonably in all the circumstances” (p. 16). As a result, they concluded that notwithstanding the negligence of its contractor, the Crown may nevertheless have discharged its “non-delegable” duty, since s. 8(2) of the *Occupiers Liability Act* appears to indicate that

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 91 B.C.L.R. (2d) 365

Le juge de première instance s’est appuyé sur le principe énoncé dans *Tucker (Public Trustee of) c. Asleson* (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173 (C.A.), selon lequel [TRADUCTION] «l’omission d’un entrepreneur indépendant d’entretenir raisonnablement la route peut engager la responsabilité initiale de l’État, si elle équivaut à un manquement à l’obligation de l’État» (p. 378). En conséquence, le juge de première instance a statué que l’omission de Cerka d’entretenir la route conformément à ses obligations contractuelles engageait la responsabilité de l’intimée pour un manquement correspondant à sa propre obligation d’assurer l’entretien raisonnable de la route. Il a donc conclu que l’intimée était responsable de la négligence de Cerka et a rejeté son argument voulant que soit l’art. 3 de la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 86, soit le par. 8(2) de l’*Occupiers Liability Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 303, limitait la responsabilité de l’État.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1

La Cour d’appel a infirmé le jugement de première instance et a ordonné la tenue d’un nouveau procès. Les juges majoritaires ont conclu qu’un mandant dans la situation du ministère des Transports et de la Voirie n’est responsable de la négligence de son entrepreneur indépendant que si ce mandant et son mandataire ont la même obligation de diligence. Ils ont conclu que le par. 8(2) de l’*Occupiers Liability Act* pouvait réduire ou limiter la portée de l’obligation de l’État d’entretenir la route. Ils étaient d’avis que [TRADUCTION] «l’obligation d’assurer l’entretien raisonnable de la route est moindre que celle d’y garantir la sécurité, et n’est rien d’autre que celle d’agir raisonnablement compte tenu de toutes les circonstances» (p. 16). Par conséquent, ils ont conclu que, en dépit de la négligence de l’entrepreneur, l’État peut néanmoins s’être acquitté de son obligation «intrans-

4

5

the Crown as principal and its independent contractor are subject to differing duties of care.

6 The majority went further and found that even though the Crown could not delegate its duty to reasonably maintain its highways, it should not be held automatically liable for every failure of maintenance causing injury on the highway since “[s]uch a conclusion would constitute the Province an insurer” (p. 16). The view was expressed that “notwithstanding the failure to scale the rock, the evidence must be examined ‘in its entirety’ to determine whether the Province discharged its duty to reasonably maintain the highway” (p. 15).

7 In separate concurring reasons, the minority of the court held that the Crown had a duty to take reasonable care to maintain and repair its highways. It was held that in order to decide whether the Crown had fulfilled its duties, it was necessary to determine whether the Crown took reasonable care when it selected Cerka as its independent contractor and whether it appropriately supervised Cerka’s work. Like the majority, the minority concluded that a new trial must be directed in order to determine whether the Crown had fulfilled its obligations of selection and supervision.

Statutory Provisions

8 The following is the legislation which must be considered in this case. The *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, c. 167, s. 8 provides for the construction and maintenance of highways in these words:

8. (1) The minister may construct, keep open and maintain a highway across any land taken under the powers conferred by this Act and no person shall, on any pretext or claim, hinder, delay or obstruct the construction, keeping open and maintenance of a highway.

missible», vu que le par. 8(2) de l’*Occupiers Liability Act* paraît indiquer que l’État, à titre de mandant, et son entrepreneur indépendant ont des obligations de diligence différentes.

Les juges majoritaires sont allés plus loin et ont conclu que, même si l’État ne pouvait pas transmettre son obligation d’assurer l’entretien raisonnable de ses routes, il ne pouvait pas être automatiquement tenu responsable de tout défaut d’entretien causant un préjudice sur la route, étant donné qu’[TRADUCTION] «[u]ne telle conclusion ferait de la province un assureur» (p. 16). Ils ont exprimé l’avis que, [TRADUCTION] «nonobstant l’omission de décaper le roc, il faut examiner la preuve “en entier” pour déterminer si la province s’est acquittée de son obligation d’entretenir raisonnablement la route» (p. 15).

Dans des motifs concordants distincts, le juge minoritaire de la Cour d’appel a conclu que l’État était tenu de faire preuve de diligence raisonnable en matière d’entretien et de réparation de ses routes. Elle a jugé que, pour décider si l’État s’était acquitté de ses obligations, il fallait déterminer s’il avait fait preuve de diligence raisonnable en choisissant Cerka comme entrepreneur indépendant et s’il avait supervisé convenablement les travaux de Cerka. Le juge minoritaire a conclu, à l’instar des juges majoritaires, qu’il fallait ordonner la tenue d’un nouveau procès afin de déterminer si l’État s’était acquitté de ses obligations en matière de choix et de supervision.

Les dispositions législatives

Les dispositions législatives suivantes doivent être examinées en l’espèce. L’article 8 de la *Highway Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 167, prévoit ce qui suit à l’égard de la construction et de l’entretien des routes:

[TRADUCTION] 8. (1) Le ministre peut construire, garder ouverte et entretenir une route sur tout bien-fonds acquis en vertu des pouvoirs conférés par la présente loi, et personne ne peut, sous quelque prétexte ou prétention que ce soit, entraver, retarder ou empêcher la construction d’une route, l’accès à celle-ci ou son entretien.

Section 33(1) of the same Act reads:

33. (1) The control of the construction and maintenance of every arterial highway is vested in the ministry.

Section 28(1) of the *Highway Act* defines maintenance to mean “the work, subsequent to the construction of a highway, of preserving and keeping it in repair, including . . . other works necessary to keep open and maintain the highway for the use by the traffic for which it is required”.

The *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, s. 14 provides:

14. The minister has the management, charge and direction of all matters relating to the acquisition, construction, repair, maintenance, alteration, improvement and operation of government buildings, highways and public works, except as provided by law or by order of the Lieutenant Governor in Council.

Section 48 of that same Act provides

48. The minister shall direct the construction, maintenance and repair of all . . . highways. . . .

The liability of the Crown in relation to the exercise of these powers is qualified by ss. 2 and 3 of the *Crown Proceeding Act* 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.

Le paragraphe 33(1) de la même loi est rédigé ainsi:

[TRADUCTION] 33. (1) La construction et l’entretien de toute route à grande circulation relèvent du ministère.

Le paragraphe 28(1) de la *Highway Act* définit l’entretien comme étant [TRADUCTION] «les travaux subséquents à la construction d’une route, qui visent à la préserver et à la garder en bon état, y compris [. . .] les autres travaux nécessaires pour la garder ouverte et la maintenir en état d’être utilisée par les automobilistes auxquels elle est destinée».

L’article 14 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 280, se lit ainsi:

[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 édifices gouvernementaux, des routes et des ouvrages publics, sous réserve de ce qui est prévu par la loi ou par décret du lieutenant-gouverneur en conseil.

L’article 48 de la même loi prévoit ceci:

[TRADUCTION] 48. Le ministre dirige les travaux de construction, d’entretien et de réparation de [. . .] toutes les routes

Les articles 2 et 3 de la *Crown Proceeding Act* atténuent ainsi la responsabilité de l’État dans l’exercice de ces pouvoirs:

[TRADUCTION] 2. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi,

. . . .

c) l’État est assimilé à une personne pour les fins de la responsabilité civile; . . .

3. . . .

(2) L’article 2 n’a pas pour effet

. . . .

f) d’imposer à l’État, dans l’exercice de ses pouvoirs en matière de voirie, une responsabilité plus grande que celle d’une corporation municipale exerçant les mêmes pouvoirs.

9

10

The *Occupiers Liability Act*, s. 8 provides:

8. (1) Except as otherwise provided in subsection (2), the Crown and its agencies are bound by this Act.

(2) Notwithstanding subsection (1), this Act does not apply to the Crown in right of the Province or in right of Canada or to a municipality where the Crown or the municipality is the occupier of a public highway or public road or a road under the *Forest Act* or the *Private Roads Act, 1963*, or to an industrial road as defined in the *Highway (Industrial) Act*.

Analysis

Duty of Care

¹¹ The question of the Crown's duty to users of its highways has been considered in three recent cases. See *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, and *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445.

¹² In *Just*, the applicable principles and the manner in which they should be applied were set out in this way (at pp. 1244-45):

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. 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

L'article 8 de l'*Occupiers Liability Act* se lit ainsi:

[TRADUCTION] 8. (1) Sauf disposition contraire du paragraphe (2), l'État et ses organismes sont assujettis à la présente loi.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la présente loi ne s'applique pas à Sa Majesté du chef de la province ou du chef du Canada, à une municipalité lorsque l'État ou la municipalité est l'occupant d'une route ou d'un chemin publics, ou d'un chemin au sens de la *Forest Act* ou de la *Private Roads Act, 1963*, ni à une route industrielle définie dans la *Highway (Industrial) Act*.

Analyse

L'obligation de diligence

La question de l'obligation de l'État envers les usagers de ses routes a été examinée dans trois arrêts récents. Voir *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, et *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445.

Dans l'arrêt *Just*, les principes applicables et la manière de les appliquer ont été exposés ainsi (aux pp. 1244 et 1245):

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 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 qualifica-

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.

In each of these appeals, the test set out by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52, was utilized to determine whether the Crown owed a duty to users of the highway in the particular circumstances of each appeal. It is described in this way:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to be negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. . . .

It is self-evident that the test is applicable where a public authority has acted pursuant to a grant of statutory power. The private law duty imposed by the *Anns* test effectively stands alongside a public authority's legitimate exercise of statutory discretion. See *Anns, supra*, at p. 754. Wilson J. in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at p. 11, relied upon Lord Wilberforce's judgment in *Anns*. She described the two different forms of statutory discretion and the potential liability

tion 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.

Dans chacun de ces pourvois, le critère établi par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752, a servi à déterminer si, dans les circonstances particulières de chacun de ces pourvois, l'État avait une obligation envers les usagers de la route. Ce critère est décrit ainsi:

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe, à première vue, une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation . . .

Il va de soi que le critère s'applique lorsque l'autorité publique a agi conformément à un pouvoir conféré par la loi. L'obligation de droit privé imposée par le critère de l'arrêt *Anns* accompagne l'exercice légitime par une autorité publique d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi. Voir l'arrêt *Anns*, précité, à la p. 754. Le juge Wilson, dans *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, à la p. 11, s'est appuyée sur les motifs de jugement de lord Wilberforce dans *Anns*. Elle a décrit de la façon suivante les deux formes différentes de pouvoir discrétionnaire conféré par la loi et la respon-

13

14

for negligence entailed by each in this manner:

- (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. 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.

15

This case falls within the second category. The enabling statutes explicitly grant the Minister of Transportation and Highways a measure of discretion over the maintenance of the highways. The *Highway Act* states that:

8. (1) The minister may construct, keep open and maintain a highway across any land taken under the powers conferred by this Act and no person shall, on any pretext or claim, hinder, delay or obstruct the construction, keeping open and maintenance of a highway.

33. (1) The control of the construction and maintenance of every arterial highway is vested in the ministry.

The *Ministry of Transportation and Highways Act* also provides that:

14. The minister has the management, charge and direction of all matters relating to the acquisition, construction, repair, maintenance, alteration, improvement and operation of government buildings, highways and public works, except as provided by law or by order of the Lieutenant Governor in Council.

The private law duty established by the *Anns* test therefore “stands alongside” this statutory authority and is applicable once the Ministry makes a policy decision to undertake maintenance work on the highways. The Ministry clearly made the requisite policy decision when it decided to stabilize

sabilité pour négligence qui peut être rattachée à chacune:

- (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.

La présente affaire tombe dans la seconde catégorie. Les lois habilitantes accordent explicitement au ministre des Transports et de la Voirie un certain pouvoir discrétionnaire sur l'entretien des routes. La *Highway Act* prévoit ceci:

[TRADUCTION] 8. (1) Le ministre peut construire, garder ouverte et entretenir une route sur tout bien-fonds acquis en vertu des pouvoirs conférés par la présente loi, et personne ne peut, sous quelque prétexte ou prétention que ce soit, entraver, retarder ou empêcher la construction d'une route, l'accès à celle-ci ou son entretien.

33. (1) La construction et l'entretien de toute route à grande circulation relèvent du ministère.

La *Ministry of Transportation and Highways Act* prévoit également ceci:

[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 édifices gouvernementaux, des routes et des ouvrages publics, sous réserve de ce qui est prévu par la loi ou par décret du lieutenant-gouverneur en conseil.

L'obligation de droit privé établie par le critère de l'arrêt *Anns* «accompagne» donc ce pouvoir conféré par la loi et s'applique dès que le Ministère prend la décision de politique d'exécuter des travaux d'entretien des routes. Le Ministère a clairement pris la décision de politique requise lorsqu'il

the rock slope adjacent to the highway. The Crown conceded at trial that the maintenance work undertaken by Cerka involved only operational activities capable of attracting liability in negligence. This exercise of statutory discretion thus gave rise to a duty on the Ministry to use due care at the “operational level” in performing this stabilization work.

Pursuant to the *Anns* test, the duty to use reasonable care was owed to the appellant if there was a sufficient relationship of proximity between the Ministry and Mr. Holt “such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter”. There could not be a clearer case of proximity. When the Ministry undertook these operations, it knew or ought to have known that failure to perform the stabilization work with due care would result in harm to the users of the highway. In fact, the very basis of the Ministry’s duty to use due care at the operational level is to ensure the safety of users of the highway. The trial judge found that the Ministry’s duty to the users of the highway was breached when Cerka, the Ministry’s independent contractor, negligently failed to scale the rock that struck Mr. Holt. The question that remains to be resolved is whether the Ministry is liable for Cerka’s negligence. In my opinion, it is.

Delegation of Duties

Whether the duty of care owed by a defendant may be discharged by exercising reasonable care in the selection of an independent contractor will depend upon the nature and the extent of the duty owed by the defendant to the plaintiff. Therefore, the extent and nature of the duty owed by the respondent Ministry of Transportation and Highways to members of the travelling public must be considered. It is clear that a party upon whom the law has imposed a strict statutory duty to do a pos-

a décidé de stabiliser la pente rocheuse adjacente à la route. L’État a admis, au procès, que les travaux d’entretien entrepris par Cerka ne comportaient que des activités opérationnelles susceptibles d’engager la responsabilité pour négligence. Cet exercice de pouvoir discrétionnaire conféré par la loi a donc engendré chez le Ministère une obligation de faire preuve de diligence raisonnable sur le «plan opérationnel», en exécutant ces travaux de stabilisation.

Selon le critère de l’arrêt *Anns*, il y avait une obligation de diligence raisonnable envers l’appellant s’il existait entre le Ministère et M. Holt un lien de proximité suffisamment étroit [TRADUCTION] «pour que le manque de diligence de la part de l’auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l’autre personne». Il ne pouvait pas y avoir d’exemple plus clair de lien de proximité. Lorsque le Ministère a entrepris ces travaux, il savait, ou aurait dû savoir, que l’omission de faire preuve de diligence raisonnable dans l’exécution des travaux de stabilisation causerait un préjudice aux usagers de la route. En fait, la raison même de l’obligation, qui incombe au Ministère, de faire preuve de diligence raisonnable en exécutant les travaux est de garantir la sécurité des usagers de la route. Le juge de première instance a conclu qu’il y avait eu manquement à l’obligation du Ministère envers les usagers de la route, lorsque Cerka, l’entrepreneur indépendant du Ministère, avait omis par négligence de décaper la roche qui a atteint M. Holt. La question qu’il reste à résoudre est de savoir si le Ministère est responsable de la négligence de Cerka. Selon moi, il l’est.

La transmission d’obligations

La question de savoir si un défendeur peut s’acquitter de l’obligation de diligence qui lui incombe en faisant preuve de diligence raisonnable dans le choix d’un entrepreneur indépendant dépendra de la nature et de l’étendue de l’obligation que le défendeur a envers le demandeur. Par conséquent, il faut examiner l’étendue et la nature de l’obligation que le ministère des Transports et de la Voirie intimé a envers le public voyageur. Il est clair qu’une partie à qui la loi impose une obligation

16

17

itive act cannot escape liability simply by delegating the work to an independent contractor. Rather a defendant subject to such a duty will always remain personally liable for the acts or omissions of the contractor to whom it assigned the work. See for example *Hole v. Sittingbourne and Sheerness Railway Co.* (1861), 6 H. & N. 488, 158 E.R. 201. See also *Kitchener (City of) v. Robe and Clothing Co.*, [1925] S.C.R. 106. This must follow because an absolute statutory duty requires the performance of a positive obligation that is imposed on a particular entity which will always remain responsible for the performance of that duty.

stricte d'accomplir un acte concret ne peut échapper à sa responsabilité en déléguant simplement l'exécution des travaux à un entrepreneur indépendant. Au contraire, un défendeur à qui incombe une telle obligation demeurera toujours personnellement responsable des actes ou omissions de l'entrepreneur à qui il a confié les travaux. Voir, par exemple, *Hole c. Sittingbourne and Sheerness Railway Co.* (1861), 6 H. & N. 488, 158 E.R. 201. Voir aussi *Kitchener (City of) c. Robe and Clothing Co.*, [1925] R.C.S. 106. Il doit en être ainsi parce qu'une obligation absolue imposée par la loi requiert l'exécution d'une obligation positive imposée à une entité particulière qui demeurera toujours responsable de l'exécution de cette obligation.

18 On the other hand, a common law duty does not usually demand compliance with a specific obligation. It is only when an act is undertaken by a party that a general duty arises to perform the act with reasonable care. In the same way, the exercise of a discretionary statutory power also gives rise to a duty to take reasonable care. That is to say, the entity to which the statutory discretionary power is granted is under no obligation to exercise it but once the power is exercised, reasonable care must be taken. See *Anns, supra*, at pp. 751-52.

Par contre, une obligation de common law n'exige pas normalement le respect d'une obligation précise. Ce n'est que lorsqu'une partie entreprend d'accomplir un acte que naît une obligation générale de faire preuve de diligence raisonnable en accomplissant cet acte. De même, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi donne également naissance à une obligation de diligence raisonnable. En d'autres termes, l'entité à qui la loi confère le pouvoir discrétionnaire n'est nullement tenue de l'exercer, mais si elle l'exerce, elle doit faire preuve de diligence raisonnable. Voir *Anns*, précité, aux pp. 751 et 752.

19 In some circumstances, the duty to take reasonable care may well be discharged by hiring and, if required, supervising a competent contractor to perform the particular work. The standard of reasonable care is met by exercising reasonable care in the selection and, in some situations, the supervision of an independent contractor qualified to undertake the work. If this is done, then the principal will usually not be held liable for injury caused by the negligence of the independent contractor. This long-standing principle of the common law is today reflected in many of the occupiers' liability statutes enacted by the provinces. These Acts generally protect the occupier from negligence of an

Dans certains cas, il est bien possible de s'acquitter de l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable en retenant et, au besoin, en supervisant les services d'un entrepreneur compétent pour exécuter les travaux en cause. On satisfait à la norme de diligence raisonnable en faisant preuve de diligence raisonnable dans le choix et, dans certains cas, la supervision d'un entrepreneur indépendant compétent pour exécuter les travaux. Si cela est fait, le mandant ne sera alors normalement pas tenu responsable du préjudice résultant de la négligence de l'entrepreneur indépendant. Ce principe qui existe depuis longtemps en common law se reflète aujourd'hui dans maintes lois provinciales sur la responsabilité des occupants. Ces lois protègent généralement l'occupant contre la négli-

independent contractor qualified to perform the work.

The strict duty to perform a particular act imposed by statute and the common law duty to take reasonable care if an act is undertaken reflect two divergent positions on a spectrum of liability. Within that spectrum there are a variety of legal obligations which may, depending on the circumstances, lead to a principal's liability for the negligence of an independent contractor. Whether or not there will be liability for the negligence of the acts of the independent contractor will depend to a large extent upon the statutory provisions involved and the circumstances presented by each case. Where then does the duty of the respondent to users of the provincial highways fall within this spectrum?

Respondent's Liability for the Negligence of its Contractor

A consideration of the relevant factors leads to the conclusion that the respondent is liable for the negligence of Cerka. First, the applicable statutes indicate that the respondent's duty to the travelling public to take reasonable care in the construction and maintenance of highways cannot be satisfied by delegating the work to an independent contractor. Second, policy reasons — including the reasonable expectation of the users of the highway — indicate that the duty to reasonably perform the construction and maintenance work of highways must remain with the respondent.

(i) Statutory Provisions

It will be recalled that pursuant to s. 33(1) of the *Highway Act*, the Ministry is vested with the "control of the construction and maintenance of every arterial highway". Section 48 of the *Ministry of Transportation and Highways Act* provides that the Minister "shall direct the construction, maintenance and repair" of all highways (emphasis added). Section 14 of the same Act provides that the Minister has the "management, charge and

gence d'un entrepreneur indépendant compétent pour exécuter les travaux.

L'obligation stricte d'accomplir un acte particulier, que la loi impose, et l'obligation de common law de faire preuve de diligence raisonnable lorsqu'on entreprend d'accomplir un acte reflètent deux positions opposées sur une échelle de responsabilité. Dans cette échelle, il existe diverses obligations juridiques qui peuvent, selon les circonstances, déclencher la responsabilité d'un mandant pour la négligence d'un entrepreneur indépendant. La question de savoir s'il y a responsabilité pour la négligence de l'entrepreneur indépendant dépend, dans une large mesure, des dispositions législatives applicables et des circonstances propres à chaque cas. Où, alors, l'obligation de l'intimée envers les usagers des routes provinciales se situe-t-elle sur cette échelle?

La responsabilité de l'intimée pour la négligence de son entrepreneur

L'examen des facteurs pertinents amène à conclure que l'intimée est responsable de la négligence de Cerka. Premièrement, les lois applicables indiquent que l'intimée ne peut pas s'acquitter de son obligation, envers le public voyageur, de faire preuve de diligence raisonnable dans la construction et l'entretien des routes, en déléguant l'exécution des travaux à un entrepreneur indépendant. Deuxièmement, des raisons de politique générale — dont l'attente raisonnable des usagers de la route — indiquent que l'obligation d'exécuter raisonnablement les travaux de construction et d'entretien des routes doit continuer d'être celle de l'intimée.

(i) Les dispositions législatives

On se souviendra que, conformément au par. 33(1) de la *Highway Act*, [TRADUCTION] «[l]a construction et l'entretien de toute route à grande circulation» relèvent du Ministère. L'article 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act* prévoit que le Ministre [TRADUCTION] «dirige les travaux de construction, d'entretien et de réparation» de toutes les routes (je souligne). L'article 14 de la même loi précise que le Ministre est chargé

20

21

22

direction of all matters relating to the acquisition, construction, repair, maintenance, alteration, improvement and operation” of highways. These sections clearly indicate that the Ministry has the management and direction of all matters relating to construction, repair and maintenance of the highways and must direct those operations.

«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. Ces articles indiquent clairement que le Ministère est chargé de la gestion et de la supervision de toutes les questions relatives à la construction, à la réparation et à l’entretien des routes, et que c’est lui qui doit diriger ces travaux.

23 The paramount authority and direction for repairs and maintenance thus lies with the Ministry. That statutory authority, when exercised, gives rise to a duty to perform that work with reasonable care. In the absence of a specific statutory exclusion from that duty, it must arise from, and proceed in tandem with, the authority to manage, control and direct the repair and maintenance of the highways. That duty to reasonably perform the maintenance work would of course require the employees of the Ministry who undertook the work to perform it with reasonable care. The same responsibility to exercise reasonable care in performing the authorized work that is applicable to the Ministry extends to independent contractors engaged by the Ministry to perform the work. This is the appropriate interpretation and application of the authorizing statutory provisions.

L’autorisation et la direction suprêmes des travaux de réparation et d’entretien relèvent donc du Ministère. Lorsqu’il est exercé, ce pouvoir d’autorisation conféré par la loi engendre l’obligation de faire preuve de diligence raisonnable en exécutant les travaux. En l’absence d’une exemption prévue expressément par la loi, cette obligation naît et existe de pair avec le pouvoir de gérer, de contrôler et de superviser les travaux de réparation et d’entretien des routes. Cette obligation d’exécuter raisonnablement les travaux d’entretien exigerait naturellement que les employés du Ministère qui les entreprennent fassent preuve de diligence raisonnable en les exécutant. L’obligation, qui incombe au Ministère, de faire preuve de diligence raisonnable en exécutant les travaux autorisés incombe aussi aux entrepreneurs indépendants à qui le Ministère a confié leur exécution. Telle est la façon dont il convient d’interpréter et d’appliquer les dispositions législatives habilitantes.

24 It is but fair that when a public authority exercises the statutory authority and power granted to it in circumstances which may have serious consequences for the public interest that it be held liable for a breach of duty occasioned by the negligent acts of its contractor. In those circumstances, it is both appropriate and just to hold a public body ultimately responsible for ensuring that reasonable care is taken in the work necessary to carry out its authority. This was the view expressed by Finch J., as he then was, in *Tucker v. Asleson*, B.C.S.C., Vancouver Reg. No. B871616, April 25, 1991, [1991] B.C.J. No. 954 (QL), Crown appeal dismissed, (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173 (C.A.). This too was a case involving the Ministry of

Il n’est que juste, lorsqu’une autorité publique exerce le pouvoir que la loi lui confie dans des circonstances qui peuvent avoir des conséquences graves sur l’intérêt du public, qu’elle soit tenue responsable du manquement à une obligation résultant de la négligence de son entrepreneur. Dans ces circonstances, il est à la fois approprié et juste qu’un organisme public soit, en fin de compte, tenu responsable de garantir que l’on fasse preuve de diligence raisonnable dans l’exécution des travaux nécessaires à l’accomplissement de son devoir. Telle est l’opinion que le juge Finch, maintenant juge à la Cour d’appel, a exprimée dans la décision *Tucker c. Asleson*, C.S.C.-B., n° du greffe de Vancouver B871616, 25 avril 1991, [1991] B.C.J. No. 954 (QL), appel du ministère public rejeté, (1993), 78 B.C.L.R. (2d) 173 (C.A.).

Transportation and Highways. Finch J. set out the applicable principle in this way:

In cases where the legislature has entrusted a certain body with the power to do something, and that body delegates performance of the work to a third party, the law requires the body entrusted by the legislature with the power to discharge the duty of seeing that the work is performed with reasonable care. The arm of government owes the duty of care in exercising its powers, whether it does so by means of servants or contractors.

On that view of the law, it is clear that in this case the Crown cannot escape liability for the negligence of its contractor's employee. It is the Minister who is authorized and empowered by statute to maintain highways. The Minister may delegate the work involved in doing so, but he may not delegate the duty. That duty accompanies the power, and not the doing of the work.

That I think is the appropriate approach to statutes which authorize governmental authorities to perform certain work.

The validity of this approach is confirmed by the provisions of the applicable legislation. Here the legislature, in conferring control over the highways on the Minister, imposed certain express obligations on the Ministry. Significantly, it was careful to ensure that the Ministry should remain very closely involved in all aspects of highway maintenance. Section 48 of the *Ministry of Transportation and Highways Act* provides that:

48. The minister shall direct the construction, maintenance and repair of all government buildings, highways and public works in progress, or constructed or maintained at the expense of the Province, and which are under his control. [Emphasis added.]

This provision emphasizes that once the Ministry has exercised its authority and undertaken maintenance operations, it then must conform to a statutory duty to personally direct those works. This absolute statutory duty is clearly "non-delegable". In fact, the Ministry specifically retained control over the direction of Cerka's scaling work.

Il était aussi question, dans cette affaire, du ministère des Transports et de la Voirie. Le juge Finch a énoncé ainsi le principe applicable:

[TRADUCTION] Dans les affaires où le législateur a confié à un organisme le pouvoir d'accomplir quelque chose et que cet organisme délègue l'exécution du travail à un tiers, la loi exige que l'organisme qui s'est vu confier ce pouvoir par le législateur s'acquitte de l'obligation de veiller à ce que l'on fasse preuve de diligence raisonnable en exécutant le travail en question. Le gouvernement doit faire preuve de diligence dans l'exercice de ses pouvoirs, que ce soit par l'entremise de ses fonctionnaires ou d'entrepreneurs.

Selon cette interprétation de la loi, il est clair, en l'espèce, que l'État ne peut échapper à la responsabilité résultant de la négligence de l'employé de son entrepreneur. C'est le Ministre qui est autorisé et habilité par la loi à assurer l'entretien des routes. Le Ministre peut déléguer l'exécution de ces travaux, mais il ne peut pas transmettre l'obligation qui lui incombe. Cette obligation accompagne le pouvoir conféré et non pas l'exécution des travaux.

Cela me semble être la bonne façon d'interpréter les lois qui autorisent les autorités gouvernementales à exécuter certains travaux.

La validité de cette interprétation est confirmée par les dispositions des lois applicables. En l'espèce, le législateur, en attribuant la responsabilité des routes au Ministre, a imposé certaines obligations expresses au Ministère. Fait révélateur, il a pris soin de s'assurer que le Ministère continuerait de participer de très près à tous les aspects de l'entretien des routes. L'article 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act* prévoit ceci:

[TRADUCTION] **48.** Le ministre dirige les travaux de construction, d'entretien et de réparation de tous les édifices gouvernementaux, de toutes les routes et de tous les ouvrages publics en cours de réalisation, ou construits ou entretenus aux dépens de la province, qui relèvent de lui. [Je souligne.]

Cette disposition fait ressortir que, dès que le Ministère a exercé son pouvoir et entrepris des travaux d'entretien, il doit alors s'acquitter de l'obligation, que lui impose la loi, de diriger personnellement ces travaux. Il est clair que cette obligation absolue imposée par la loi est «intransmissible». En fait, le Ministère a expressément conservé le

Excerpts from the tender document executed by Cerka and the Ministry show that the Ministry retained full control over the designation of the areas to be trimmed, the type of equipment to be used and the specifications of various technical aspects of the project. Had the Ministry failed to direct Cerka to trim the area from which the rock fell killing Mr. Holt, it would undoubtedly be personally liable in negligence to the appellants. However, the trial judge specifically found that the Ministry did indeed stipulate that the area from which the rock fell was to be trimmed, and it was Cerka's negligent failure to scale the area properly that led to Mr. Holt's death.

26 Nevertheless, s. 48 of the *Ministry of Transportation and Highways Act* clearly demonstrates that the legislature intended to foreclose any possibility of the Ministry delegating work to a contractor and thereafter abandoning any responsibility for the execution of the work. The imposition of personal liability on the Ministry for its contractor's failure to discharge the duty to take due care ancillary to the Ministry's statutory power flows from this section and the overall general scheme of the applicable statutes, particularly the *Highway Act* and the *Ministry of Transportation and Highways Act*.

27 This conclusion is also supported by the long-standing recognition of the principle that the exercise of statutory authority may give rise to a "non-delegable" duty to use reasonable care in the performing of the required work. In *Vancouver Power Co. v. Hounsome* (1914), 49 S.C.R. 430, the Vancouver Power Company was authorized to build a tramway. It delegated the work to a contractor which was negligent in carrying out its duty. With regard to the liability incurred in these circumstances, Duff J., as he then was, stated (at p. 435):

In the present case the company was exercising its powers not through its own servants but through the contractors whom it employed to construct its road-bed. That it

contrôle des travaux de décapage effectués par Cerka. Des extraits du document d'appel d'offres signé par Cerka et le Ministère montrent que ce dernier gardait le plein contrôle de la désignation des secteurs à décapier, du type de matériel à utiliser et des devis concernant divers aspects techniques du projet. Si le Ministère avait omis d'ordonner à Cerka de décapier le secteur d'où le bloc de roc est tombé sur M. Holt, le blessant mortellement, il ne fait aucun doute qu'il serait personnellement responsable de négligence envers les appelants. Toutefois, le juge de première instance a précisément conclu que le Ministère avait bel et bien stipulé que le secteur d'où le bloc de roc est tombé devait être décapé, et c'est l'omission par négligence de Cerka de bien décapier ce secteur qui a entraîné le décès de M. Holt.

Néanmoins, il ressort clairement de l'art. 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act* que le législateur a voulu écarter toute possibilité que le Ministère délègue des travaux à un entrepreneur et se décharge ainsi de toute responsabilité quant à leur exécution. L'imposition d'une responsabilité personnelle au Ministère pour l'omission de son entrepreneur de s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable, qui se rattache au pouvoir conféré au Ministère par la loi, découle de cet article et de l'économie globale des lois applicables, notamment de la *Highway Act* et de la *Ministry of Transportation and Highways Act*.

Cette conclusion s'appuie aussi sur le principe reconnu depuis longtemps que l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi peut engendrer une obligation «intransmissible» de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux requis. Dans l'arrêt *Vancouver Power Co. c. Hounsome* (1914), 49 R.C.S. 430, la Vancouver Power Company avait été autorisée à construire un tramway. Elle a délégué les travaux à un entrepreneur qui a fait preuve de négligence en les exécutant. Au sujet de la responsabilité qui est engagée dans ces circonstances, le juge Duff, plus tard Juge en chef, affirme (à la p. 435):

[TRADUCTION] En l'espèce, la compagnie exerçait ses pouvoirs non pas par l'entremise de ses propres employés, mais par l'entremise des entrepreneurs dont

may properly do; but it does not thereby escape responsibility for the performance of its own duty, the burden of which it necessarily undertakes when it puts in exercise the authority the legislature has conferred upon it. The beneficiary of statutory authority, such as a railway company, cannot appropriate the benefit of the powers with which the legislature has invested it without at the same time assuming full responsibility for the performance of the obligations by which its right to exercise those powers is conditioned.

In *Vancouver Power*, the entity exercising the statutory authority did so for its own benefit. As a result, it was found that it should accept and be personally responsible for the burdens associated with the statutory authority granted to it. It is true that in the case at bar, the Ministry has no personal stake and can achieve no personal benefit from its statutory authority to perform work on the highways. Nevertheless, the powers conferred on the Ministry are correlative to the duty resting on the Ministry to take reasonable care in the exercise of those powers. The sole beneficiary of the Ministry's statutory power to construct and maintain the roads are those members of the public who travel upon them. The basic reason for the Ministry exercising its statutory authority over highway maintenance must be to provide the travelling public with increased highway safety. If a private entity is found to be liable for its contractor's negligence as a result of the benefit derived from the statutory authority, then in the situation presented in this case where the public entity's statutory authority and its ancillary duty to take reasonable care in carrying out maintenance and repairs are specifically designed to benefit the safety of the public, the basis for the imposition of liability for an independent contractor's negligence is even stronger. It follows that Duff J.'s reasoning should be, and I believe must be, applicable to this case.

There is as well a history of this and other courts imposing a non-delegable duty on public bodies exercising their statutory authority to perform public works. In *St. John (City of) v. Donald*, [1926]

elle avait retenu les services pour construire l'assiette de la route. Il lui était loisible de le faire, mais il ne s'ensuit pas qu'elle peut échapper à la responsabilité relative à l'exécution de sa propre obligation, qu'elle assume nécessairement lorsqu'elle exerce le pouvoir que le législateur lui a conféré. Le bénéficiaire du pouvoir conféré par la loi, comme une compagnie de chemin de fer, ne peut tirer profit des pouvoirs que le législateur lui a conférés sans en même temps assumer l'entière responsabilité de l'exécution des obligations qui conditionnent son droit d'exercer ces pouvoirs.

Dans l'arrêt *Vancouver Power*, l'entité qui avait exercé le pouvoir conféré par la loi l'avait fait à son propre profit. La Cour a conclu, en conséquence, qu'elle devait accepter et assumer la responsabilité personnelle des obligations associées au pouvoir qui lui était conféré par la loi. Il est vrai que, en l'espèce, le Ministère n'a aucun intérêt personnel et ne peut tirer aucun avantage personnel du pouvoir, que lui confère la loi, d'effectuer des travaux sur les routes. Néanmoins, les pouvoirs conférés au Ministère sont en corrélation avec son obligation de faire preuve de diligence raisonnable en les exerçant. Le seul bénéficiaire du pouvoir du Ministère de construire et d'entretenir des routes est le public qui utilise ces routes. La raison fondamentale de l'exercice par le Ministère du pouvoir que la loi lui confère en matière d'entretien des routes doit être d'assurer au public une sécurité accrue sur les routes qu'il utilise. Si une entité privée est tenue responsable de la négligence de son entrepreneur en raison de l'avantage tiré du pouvoir conféré par la loi, alors, dans la situation qui se présente en l'espèce, où le pouvoir conféré par la loi à l'entité publique et l'obligation connexe de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux d'entretien et de réparation sont précisément conçus pour favoriser la sécurité du public, l'imposition de la responsabilité pour la négligence d'un entrepreneur indépendant est d'autant plus justifiée. Il s'ensuit que le raisonnement du juge Duff devrait et doit être, selon moi, applicable en l'espèce.

Il y a aussi une jurisprudence où notre Cour et d'autres tribunaux ont imposé une obligation intransmissible à des organismes publics qui exerçaient le pouvoir que la loi leur conférait d'effec-

S.C.R. 371, at pp. 387-88, Duff J., in a concurring judgment, found a municipality liable for its contractor's negligence while performing work designed to deepen a stream within the city. The trial judge had concluded that the contractor negligently stored dynamite to be used in the excavation, thereby causing an explosion and damage to the plaintiff's house. Duff J. noted that the municipality was acting pursuant to a general statutory authority, and held that the contractor's negligence was, in effect, a "breach of a duty resting upon the municipality, which, in exercise of its statutory powers, was causing the work to be done; a duty which it could not discharge by delegating it to the contractor" (p. 388 (emphasis added)). This principle has, in fact, a long history in the common law. See also *Dalton v. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740 (H.L.), and *Hardaker v. Idle District Council*, [1896] 1 Q.B. 335 (C.A.).

tuer des travaux publics. Dans l'arrêt *St. John (City of) c. Donald*, [1926] R.C.S. 371, aux pp. 387 et 388, le juge Duff, dans des motifs concordants, a conclu à la responsabilité d'une municipalité pour la négligence dont son entrepreneur avait preuve en exécutant des travaux destinés à approfondir un cours d'eau dans la ville. Le juge de première instance avait conclu que l'entrepreneur avait fait preuve de négligence en entreposant de la dynamite destinée aux travaux d'excavation, causant ainsi une explosion qui avait endommagé la maison du demandeur. Le juge Duff a souligné que la municipalité agissait en vertu d'un pouvoir général conféré par la loi, et il a conclu que la négligence de l'entrepreneur était, en fait, un [TRADUCTION] «manquement à une obligation incombant à la municipalité, qui, dans l'exercice de ses pouvoirs conférés par la loi, faisait exécuter les travaux; une obligation dont elle ne pouvait s'acquitter en la transmettant à l'entrepreneur» (p. 388 (je souligne)). En fait, ce principe de common law ne date pas d'hier. Voir aussi *Dalton c. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740 (H.L.), et *Hardaker c. Idle District Council*, [1896] 1 Q.B. 335 (C.A.).

30

This same principle was the basis of the decision of the House of Lords in *Darling v. Attorney-General*, [1950] 2 All E.R. 793. In that case, public authorities exercised their statutory powers to investigate the plaintiff's land to determine whether coal could be discovered and hired a contractor to perform the necessary work. As Lord Morris stated at pp. 796-97, citing *Fisher v. Ruislip-Northwood U.D.C.*, [1945] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 461:

If . . . the legislature authorises the construction and maintenance of a work which will be safe or dangerous to the public according as reasonable care is or is not taken in its construction or maintenance, as the case may be, the fact that no duty to take such care is expressly imposed by the statute cannot be relied on as showing that no such duty exists. It is not to be expected that the legislature will go out of its way to impose express obligations or restrictions in respect of matters which every reasonably minded citizen would take for granted.

Le même principe a servi de fondement à l'arrêt de la Chambre des lords *Darling c. Attorney-General*, [1950] 2 All E.R. 793. Dans cet arrêt, des autorités publiques avaient exercé les pouvoirs qui leur avaient été conférés par la loi pour examiner le terrain du demandeur afin de déterminer si du charbon pouvait s'y trouver, et avaient engagé un entrepreneur pour exécuter les travaux nécessaires. Comme lord Morris l'a dit aux pp. 796 et 797, en citant *Fisher c. Ruislip-Northwood U.D.C.*, [1945] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 461:

[TRADUCTION] Si [. . .] le législateur autorise la construction et l'entretien d'un ouvrage qui sera sécuritaire ou dangereux pour le public selon qu'on fait ou on ne fait pas preuve de diligence raisonnable dans sa construction ou son entretien, le fait qu'une telle obligation de diligence ne soit pas expressément imposée par la loi ne peut pas être invoqué pour montrer que cette obligation n'existe pas. Il ne faut pas s'attendre à ce que le législateur déroge à son habitude et impose des obligations ou des restrictions expresses relativement à des questions, que tout citoyen raisonnable considérerait comme allant de soi.

Thus the applicable statutes and authorities indicate that the respondent's duty to take reasonable care cannot be satisfied by delegating the work to an independent contractor. This conclusion would be sufficient to resolve the appeal. Yet there are further policy factors which support the finding that the Ministry should be responsible for the negligence of its independent contractor.

(ii) The Policy Aspect

(a) *Reasonable Expectations of Users of the Highway*

To begin with, it seems both logical and reasonable to assume that members of the travelling public would look to the respondent to take reasonable care in the construction and maintenance of the provincial highways. It can be reasonably assumed that those who travel provincial highways have a reasonable expectation that the province will be responsible for the negligent acts of its employees or independent contractors which occur in the course of repairing and maintaining those highways. This, in my view, is a further factor which indicates that liability for the negligence of its independent contractors should rest with the respondent. This approach has been considered with approval in two decisions of the Australian High Court. In *Kondis v. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672, Mason J. stated (at p. 687):

[I]t appears that there is some element in the relationship between the parties that makes it appropriate to impose on the defendant a duty to ensure that reasonable care and skill is taken for the safety of the persons to whom the duty is owed. . . .

In these situations the special duty arises because the person on whom it is imposed has undertaken the care, supervision or control of the person or property of another or is so placed in relation to that person or his property as to assume a particular responsibility for his or its safety, in circumstances where the person affected might reasonably expect that due care will be exercised. [Emphasis added.]

Ainsi, les lois et la jurisprudence applicables indiquent que l'intimée ne peut s'acquitter de son obligation de diligence raisonnable en déléguant l'exécution des travaux à un entrepreneur indépendant. Cette conclusion serait suffisante pour régler le pourvoi. Pourtant, il y a d'autres considérations de politique générale qui justifient de conclure que le Ministère devrait être responsable de la négligence de son entrepreneur indépendant.

(ii) L'aspect de la politique générale

(a) *Les attentes raisonnables des usagers de la route*

Pour commencer, il me semble à la fois logique et raisonnable de présumer que le public voyageur s'attend à ce que l'intimée fasse preuve de diligence raisonnable dans la construction et l'entretien des routes de la province. On peut raisonnablement présumer que ceux qui empruntent les routes de la province s'attendent raisonnablement à ce que la province soit responsable de la négligence dont ses employés ou ses entrepreneurs indépendants peuvent faire preuve en réparant ou en entretenant ces routes. Il s'agit là, selon moi, d'un autre facteur qui indique que l'intimée devrait être responsable de la négligence de ses entrepreneurs indépendants. Ce point de vue a été examiné et approuvé dans deux arrêts de la Haute Cour d'Australie. Dans l'arrêt *Kondis c. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672, le juge Mason a affirmé (à la p. 687):

[TRADUCTION] [I]l appert qu'il y a un élément dans la relation entre les parties qui justifie l'imposition au défendeur d'une obligation de s'assurer que l'on agit avec diligence raisonnable et compétence pour garantir la sécurité des personnes envers qui cette obligation existe . . .

Dans ces circonstances, l'obligation spéciale naît parce que la personne à qui elle est imposée a entrepris de s'occuper des soins, de la supervision ou du contrôle de la personne ou des biens d'autrui ou est, par rapport à cette personne ou à ses biens, dans une situation où il peut être présumé qu'elle a une responsabilité particulière d'assurer la sécurité de cette personne ou de ses biens, lorsque la personne touchée pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'on fasse preuve de diligence raisonnable. [Je souligne.]

33

In my view, the particular vulnerability of the travelling public should be a significant factor in reaching the conclusion that the respondent cannot escape liability for negligent repair work by delegating it to an independent contractor. The vast majority of highway travellers are in no position to assess the extent or nature of the construction and maintenance work which should be done, the competence of those undertaking the work or the financial responsibility of any independent contractor performing the work. Their lack of knowledge and very natural tendency to rely upon the Ministry in these matters indicate the potential vulnerability of highway travellers when maintenance work is done negligently. They should be entitled to rely upon and to look to the respondent as the entity responsible for taking reasonable care in carrying out the repairs and maintenance of the roads. The Ministry is in complete control of repair and maintenance and travellers are dependent upon the Ministry for the reasonable performance of the work. In those circumstances, I can see no reasons why the respondent should not be responsible for the negligent acts of independent contractors it engages. This approach was favourably commented upon in *Burnie Port Authority v. General Jones Pty. Ltd.* (1994), 179 C.L.R. 520 (Aust. H.C.), at pp. 550-51. I am in complete agreement with this aspect of the reasoning expressed there.

34

Further, P. S. Atiyah in *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), at pp. 358-59, makes the same point in these words:

If a statute confers a power on a government department, or a local authority, *e.g.*, to enter private land or premises, for their own purposes, and the authority chooses to exercise that power by delegating the work to a contractor, it is not unreasonable that the landowner should be entitled to look to the person authorised by statute to do the work, rather than to the contractor who does it, in the case of negligence or the like. The statute is unlikely to confer such powers on bodies which are financially incapable of meeting any liability for negligence, but a local authority or a government department

Selon moi, la vulnérabilité particulière du public voyageur devrait être un facteur important pour conclure que l'intimée ne peut échapper à toute responsabilité pour négligence dans l'exécution des travaux de réparation, en les déléguant à un entrepreneur indépendant. La grande majorité des voyageurs qui empruntent les routes ne sont pas en mesure d'évaluer l'étendue ou la nature des travaux de construction ou d'entretien qui devraient être exécutés, la compétence de ceux qui entreprennent ces travaux ni la solvabilité de l'entrepreneur indépendant qui les exécute. Leur manque de connaissance et leur tendance toute naturelle à s'en remettre au Ministère en la matière indiquent la vulnérabilité potentielle des usagers de la route lorsque des travaux d'entretien sont exécutés négligemment. Ils devraient avoir le droit de considérer que l'intimée est l'entité qui a la responsabilité de faire preuve de diligence raisonnable dans l'exécution des travaux de réparation et d'entretien des routes. Le Ministère a la maîtrise complète des travaux de réparation et d'entretien, et les voyageurs comptent sur lui pour que les travaux soient raisonnablement exécutés. Dans ces circonstances, je ne vois aucune raison pour laquelle l'intimée ne devrait pas être responsable de la négligence des entrepreneurs indépendants qu'elle engage. Ce point de vue a fait l'objet d'un commentaire favorable dans l'arrêt *Burnie Port Authority c. General Jones Pty. Ltd.* (1994), 179 C.L.R. 520 (H.C. Austr.), aux pp. 550 et 551. Je suis entièrement d'accord avec cet aspect du raisonnement qui y est exprimé.

En outre, dans *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), aux pp. 358 et 359, P. S. Atiyah fait la même remarque en ces termes:

[TRADUCTION] Si une loi confère, à un ministère du gouvernement ou à une autorité locale, un pouvoir lui permettant, par exemple, de s'introduire sur un terrain ou dans des lieux privés, à ses propres fins, et que cette autorité choisit d'exercer ce pouvoir en déléguant le travail à un entrepreneur, il n'est pas déraisonnable que le propriétaire puisse s'adresser à la personne autorisée par la loi à accomplir le travail plutôt qu'à l'entrepreneur qui l'accomplit, en cas de négligence ou d'un autre problème semblable. La loi ne confèrera pas vraisemblablement de tels pouvoirs à des organismes qui sont finan-

may well employ a small contractor who is incapable of doing so.

(b) *General Policy Considerations*

There are other practical policy reasons that favour imposing liability on the respondent for the negligence of its independent contractors. On occasion, a number of contractors may be employed to work on different sections of a road or highway. Why should a person, injured on the road as a result of the negligence of an independent contractor, have to seek out the identity of the contractor responsible in order to bring an action and trust to luck that that contractor is financially responsible? The matter could be complicated still further if an accident occurred right at the border of the area to be worked upon by two different contractors.

Further, it cannot be forgotten that the Ministry is in complete control of this work. It is the Ministry that lets contracts for the work to be performed. For those in the business of road construction and maintenance, the Ministry is the only customer. It would be easy for the respondent to require as a term of the contract the provision of adequate insurance to provide compensation for injuries occasioned to the travelling public as a result of negligently performed work by an independent contractor.

The majority of the Court of Appeal expressed the concern that if the Crown is found liable in this case, the result will be to constitute the Crown as an insurer for every failure of maintenance on the highways. This concern cannot be sustained. It cannot be forgotten that before the Crown can be found liable for the actions either of its own employees or of an independent contractor, a court must determine that there has been negligence. In those circumstances, the Crown is certainly not an insurer. Nor is it unreasonable to expect that the Crown will take appropriate care in the performance of its work and will be responsible for the damages flowing from negligently performed

cièrement incapables d'assumer leur responsabilité pour négligence, mais une autorité locale ou un ministère du gouvernement peut bien retenir les services d'un petit entrepreneur qui est incapable de le faire.

(b) *Considérations de politique générale*

Il y a d'autres raisons de politique d'ordre pratique qui favorisent l'imposition d'une responsabilité à l'intimée pour la négligence de ses entrepreneurs indépendants. Il peut arriver qu'un certain nombre d'entrepreneurs soient embauchés pour travailler sur différentes sections d'un chemin ou d'une route. Pourquoi une personne, blessée sur la route par suite de la négligence d'un entrepreneur indépendant, devrait-elle chercher à établir l'identité de l'entrepreneur responsable afin d'intenter une action et compter sur la chance pour que l'entrepreneur soit solvable? L'affaire pourrait encore se compliquer davantage si un accident survenait juste à la limite de deux secteurs assignés à deux entrepreneurs différents.

On ne saurait, en outre, oublier que le Ministère a la maîtrise complète de ces travaux. C'est le Ministère qui attribue les contrats relatifs aux travaux à effectuer. Pour les entreprises de construction et d'entretien de routes, le Ministère est le seul client. Il serait facile à l'intimée d'exiger, comme condition du contrat, que l'on offre une assurance suffisante pour pouvoir indemniser le public voyageur des préjudices résultant d'une exécution négligente des travaux par un entrepreneur indépendant.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont dit inquiets que, si la province est tenue responsable en l'espèce, cela fasse de l'État un assureur pour tout manquement à l'entretien des routes. Cette inquiétude ne saurait être justifiée. On ne peut pas oublier que, pour que l'État puisse être tenu responsable des actions de ses propres employés ou d'un entrepreneur indépendant, une cour doit d'abord décider qu'il y a eu négligence. Dans ces circonstances, l'État n'est sûrement pas un assureur. Il n'est pas déraisonnable non plus de s'attendre à ce que l'État fasse preuve de la diligence qui s'impose dans l'exécution de ses travaux et qu'il soit responsable des préjudices résultant de

35

36

37

work, whether undertaken by its employees or its contractor. The Crown can always stipulate whatever form of indemnification for negligently performed work that it requires from an independent contractor as a condition of entering into the contract for repair or maintenance. Indeed, the pertinent statutes may always be amended so as to absolve the respondent from any liability in the performance of construction, repairs or maintenance of highways. For all these policy reasons, the Crown should be responsible for the negligent acts of its independent contractors.

travaux exécutés négligemment, peu importe que ces travaux aient été entrepris par ses employés ou par son entrepreneur. L'État peut toujours prescrire une forme quelconque d'indemnisation pour des travaux exécutés négligemment, à laquelle il demandera à un entrepreneur indépendant de consentir pour obtenir un contrat de réparation ou d'entretien. En fait, les lois pertinentes peuvent toujours être modifiées de manière à exonérer l'intimée de toute responsabilité quant à l'exécution de travaux de construction, de réparation ou d'entretien des routes. Pour toutes ces raisons de politique générale, l'État devrait être responsable de la négligence de ses entrepreneurs indépendants.

38 In summary, in light of the statutory provisions applicable in this case, for the policy reasons set out, and because of the reasonable expectations of those using the highways, the respondent cannot escape liability for negligence in maintaining and repairing roads by delegating that work to independent contractors.

En résumé, compte tenu des dispositions législatives applicables en l'espèce, pour les raisons de politique générale exposées et à cause des attentes raisonnables des usagers des routes, l'intimée ne peut échapper à la responsabilité pour négligence dans l'entretien et la réparation de routes, en déléguant l'exécution de ces travaux à des entrepreneurs indépendants.

Are There Any Statutory Limitations on the Crown's Liability?

La loi fixe-t-elle des limites à la responsabilité de l'État?

39 Finally, in accordance with the second part of the *Anns* test, it is necessary to consider whether any limits have been placed on the liability of the Ministry. The respondent has argued that there are statutory provisions which restrict its liability.

Finalement, conformément au deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns*, il faut examiner si des limites ont été fixées à la responsabilité du Ministère. L'intimée a fait valoir que certaines dispositions législatives restreignent sa responsabilité.

40 First, the respondent relies upon ss. 2 and 3 of the *Crown Proceeding Act*, which provide as follows:

Premièrement, l'intimée invoque les art. 2 et 3 de la *Crown Proceeding Act*, qui se lisent ainsi:

2. Subject to this Act,

[TRANSDUCTION] 2. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi,

. . .

. . .

(c) the Crown is subject to all those liabilities to which it would be liable if it were a person; . . .

c) l'État est assimilé à une personne pour les fins de la responsabilité civile; . . .

3. . . .

3. . . .

(2) Nothing in section 2

(2) L'article 2 n'a pas pour effet

. . .

. . .

(b) subjects the Crown to greater liability for the acts or omissions of an independent contractor employed

b) d'imposer à l'État une responsabilité plus grande pour les actes ou les omissions d'un entrepreneur

by the Crown than that to which the Crown would be subject for those acts or omissions if it were a person;

indépendant qui travaille pour lui que celle qui lui serait imposée pour ces actes ou omissions si elle était une personne;

(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.

f) d'imposer à l'État, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière de voirie, une responsabilité plus grande que celle d'une corporation municipale exerçant les mêmes pouvoirs.

Section 3(2)(b) of the *Crown Proceeding Act* is of no avail to the respondent. This Court's decision in *Vancouver Power, supra*, determined that even a private entity exercising a statutory authority may be held liable for the negligence of independent contractors hired to perform the authorized work. It follows that the Crown's liability for Cerka's negligence in this case should be no different than would be the liability of any other person exercising a similar statutory power.

L'alinéa 3(2)b) de la *Crown Proceeding Act* n'est d'aucun secours à l'intimée. Notre Cour a décidé, dans *Vancouver Power*, précité, que même une entité privée exerçant un pouvoir conféré par la loi peut être tenue responsable de la négligence d'entrepreneurs indépendants qui ont été engagés pour effectuer les travaux autorisés. Il s'ensuit que la responsabilité de l'État pour la négligence de Cerka en l'espèce ne devrait pas être différente de celle de toute autre personne exerçant un pouvoir similaire conféré par la loi.

41

The applicability of s. 3(2)(f) of the *Crown Proceeding Act* was considered in *Just, supra*. There it was held that this section and s. 2, when read in conjunction with s. 8 of the *Highway Act* and s. 14 of the *Ministry of Transportation and Highways Act*, "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 its highways at least to the same extent that a municipality is obligated to repair its roads" (p. 1237). In my view, these provisions do not restrict the scope of the Crown's liability in this case.

L'applicabilité de l'al. 3(2)f) de la *Crown Proceeding Act* a été examinée dans l'arrêt *Just*, précité. La Cour y a statué que, si on les interprète conjointement avec l'art. 8 de la *Highway Act* et l'art. 14 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, cet alinéa et l'art. 2 «n'indique[nt] 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 obligations à cet égard que celles qui incombent à une municipalité en matière de réparation des routes municipales» (p. 1237). Selon moi, ces dispositions ne restreignent pas l'étendue de la responsabilité de l'État en l'espèce.

42

Finally, the respondent submits that s. 8 of the *Occupiers Liability Act* may limit the scope of its liability in this case. Section 8 provides:

Enfin, l'intimée soutient que l'art. 8 de l'*Occupiers Liability Act* peut limiter l'étendue de sa responsabilité en l'espèce. L'article 8 dispose que:

43

8. (1) Except as otherwise provided in subsection (2), the Crown and its agencies are bound by this Act.

[TRANSDUCTION] 8. (1) Sauf disposition contraire du paragraphe (2), l'État et ses organismes sont assujettis à la présente loi.

(2) Notwithstanding subsection (1), this Act does not apply to the Crown in right of the Province or in right of Canada or to a municipality where the Crown or the municipality is the occupier of a public highway or public road or a road under the *Forest Act* or the *Private*

(2) Nonobstant le paragraphe (1), la présente loi ne s'applique pas à Sa Majesté du chef de la province ou du chef du Canada, à une municipalité lorsque l'État ou la municipalité est l'occupant d'une route ou d'un chemin publics, ou d'un chemin au sens de la *Forest Act* ou

Roads Act, 1963, or to an industrial road as defined in the *Highway (Industrial) Act*.

de la *Private Roads Act, 1963*, ni à une route industrielle définie dans la *Highway (Industrial) Act*.

44

There is no basis for invoking the provisions of the *Occupiers Liability Act* to exempt the Crown from liability. In *Brown, supra*, at p. 440, this argument was rejected. There this Court did not accept that the *Occupiers Liability Act* “was passed with a view to exempting the Department of Highways from liability for its negligent acts. . . . To achieve that result a clear exemption would have to be found in the *Highway Act*. There is no such exemption here.” It was found that “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”.

Rien ne permet d’invoquer les dispositions de l’*Occupiers Liability Act* pour exonérer l’État de toute responsabilité. Dans l’arrêt *Brown*, précité, à la p. 440, cet argument a été rejeté. Dans cette affaire, notre Cour n’a pas accepté que l’*Occupiers Liability Act* «ait pu avoir pour objet d’exempter le ministère de la Voirie de toute responsabilité pour cause de négligence [. . .] Pour y parvenir, il aurait fallu insérer une exemption claire dans la *Highway Act*. Or une telle exemption n’existe pas en l’espèce.» La Cour a conclu que «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».

45

However, the respondent emphasized that it does not argue that s. 8 exempts it from liability, but only that it reduces the scope of its liability. The respondent contends that the exemption provided in s. 8 of the Act has no meaning if the Crown is ultimately subject to a more onerous, “non-delegable” duty of care. This argument cannot be accepted. The Crown’s exemption from the operation of the Act simply means that the *Occupiers Liability Act* has no bearing on an assessment of the Crown’s liability *qua* occupier of the highways. The only necessary consequence of the exemption in s. 8 is that the Crown’s liability must be assessed without regard to the provisions of that Act.

L’intimée a cependant souligné qu’elle prétend non pas que l’art. 8 l’exonère de toute responsabilité, mais seulement qu’il réduit l’étendue de sa responsabilité. L’intimée soutient que l’exemption prévue à l’art. 8 de la Loi sera dépourvue de sens si, en fin de compte, l’État est assujéti à une obligation de diligence «intransmissible» plus lourde. Cet argument ne peut être accepté. L’exemption de l’État quant à l’application de la Loi signifie simplement que l’*Occupiers Liability Act* n’a aucun effet sur l’évaluation de la responsabilité de l’État à titre d’occupant des routes. La seule conséquence nécessaire de l’exemption prévue à l’art. 8 est que la responsabilité de l’État doit être évaluée sans égard aux dispositions de cette loi.

46

I cannot accept that s. 8 of the British Columbia *Occupiers Liability Act* somehow reduces the Crown’s liability as an occupier of the highway. To do so would be to give it an interpretation or meaning that goes far beyond the plain meaning of the words of the section. In the absence of a clear provision the *Occupiers Liability Act* should not and cannot be reasonably expected to determine the extent of the liability of the Ministry of Transportation and Highways in repairing and maintaining highways.

Je ne puis accepter que l’art. 8 de l’*Occupiers Liability Act* de la Colombie-Britannique réduise de quelque manière que ce soit la responsabilité de l’État à titre d’occupant de la route. S’il en était ainsi, l’interprétation ou le sens qui lui serait donné irait bien au-delà du sens ordinaire des mots de cet article. En l’absence d’une disposition claire, l’*Occupiers Liability Act* ne devrait pas déterminer l’étendue de la responsabilité du ministère des Transports et de la Voirie en matière de réparation et d’entretien des routes, et on ne peut pas raisonnablement s’attendre à ce qu’elle le fasse.

Disposition

In the result, the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside, the judgment at trial is restored and the appellants will have their costs throughout.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleague Justice Cory. I agree with his conclusion and substantially with his reasons. I wish only to add the following comments.

The issue is whether the Crown's duty to users of its highways is non-delegable. The phrase "non-delegable" refers to the inability of the employer of an independent contractor to escape liability for the negligence of the contractor. The general rule at common law is that a person who employs an independent contractor will not be liable for loss flowing from the contractor's negligence. This rule for a long time admitted only three exceptions: (1) where the employer was negligent in hiring the contractor; (2) where the employer was negligent in supervising the contractor; and (3) where the employer hired the independent contractor to do something unlawful. A fourth exception crystallized in *Pickard v. Smith* (1861), 10 C.B. (N.S.) 470, 142 E.R. 535. Lord Blackburn stated the rule as: "a person causing something to be done, the doing of which casts on him a duty, cannot escape from the responsibility attaching on him of seeing that duty performed by delegating it to a contractor" (*Dalton v. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740 (H.L.), at p. 829). This exception is referred to as the "non-delegable duty" rule.

In essence, a non-delegable duty is a duty not only to take care, but to ensure that care is taken. It is not strict liability, since it requires someone (the independent contractor) to have been negligent. But if it applies, it is no answer for the employer to

Dispositif

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, le jugement de première instance est rétabli et les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Cory. Je suis d'accord avec sa conclusion et avec la majeure partie de ses motifs. Je tiens seulement à ajouter les commentaires suivants.

La question en litige est de savoir si l'obligation de l'État envers les usagers de ses routes est intransmissible. L'expression «intransmissible» s'entend de l'incapacité de l'employeur d'un entrepreneur indépendant d'échapper à toute responsabilité pour la négligence de l'entrepreneur. En common law, la règle générale veut que la personne qui emploie un entrepreneur indépendant ne soit pas responsable de la perte résultant de la négligence de l'entrepreneur. Pendant longtemps, cette règle n'a souffert que trois exceptions: (1) lorsque l'employeur a fait preuve de négligence en engageant l'entrepreneur, (2) lorsque l'employeur a fait preuve de négligence en supervisant le travail de l'entrepreneur, et (3) lorsque l'employeur a engagé l'entrepreneur indépendant pour accomplir quelque chose d'illégal. Une quatrième exception s'est cristallisée dans *Pickard c. Smith* (1861), 10 C.B. (N.S.) 470, 142 E.R. 535. Lord Blackburn a énoncé la règle dans les termes suivants: [TRADUCTION] «la personne qui fait accomplir quelque chose dont l'accomplissement lui impose une obligation ne peut échapper à la responsabilité qui lui incombe de veiller à l'exécution de cette obligation, en transmettant cette dernière à un entrepreneur» (*Dalton c. Angus* (1881), 6 App. Cas. 740 (H.L.), à la p. 829). Cette exception est appelée la règle de l'«obligation intransmissible».

Une obligation intransmissible est essentiellement une obligation non seulement de faire preuve de diligence, mais encore de s'assurer que l'on fasse preuve de diligence. Il ne s'agit pas de responsabilité stricte, étant donné qu'il faut que quel-

47

48

49

50

say, "I was not negligent in hiring or supervising the independent contractor." The employer is liable for the contractor's negligence. The employer already has a personal duty at common law or by statute to take reasonable care. The non-delegable duty doctrine adds another obligation — the duty to ensure that the independent contractor also takes reasonable care.

51 While the nature of the exception is clear, when it applies is not. Some courts have held that it applies only in certain categories of cases, such as harm done by inherently dangerous objects or activities, harm done in the course of the exercise of statutory powers and duties, or in the United States, harm caused by failure to maintain highways and other public places in a reasonably safe condition: see the *Restatement (Second) of Torts* § 418 (1965). The problem with the category approach is that the existing categories have evolved for reasons that may not be acceptable under modern theories of tort liability: J. P. Swanton, "Non-delegable Duties: Liability for the Negligence of Independent Contractors (Part I)" (1991), 4 *J. Contract L.* 183, at pp. 192 and 201-2. Thus Glanville Williams writes that "the courts have extended, seemingly without any reference to considerations of policy, the liability for independent contractors" ("Liability for Independent Contractors", [1956] *Cambridge L.J.* 180, at p. 180).

52 Rather than confirm or add to a hodgepodge of categories, we should seek the underlying principles that justify the imposition of a non-delegable duty on a person who hires an independent contractor to have work done. This is the approach that Cory J. takes. Whether a non-delegable duty arises "will depend upon the nature and the extent

qu'un (l'entrepreneur indépendant) ait fait preuve de négligence. Mais lorsqu'elle s'applique, l'employeur ne saurait répondre: «Je n'ai pas fait preuve de négligence en engageant l'entrepreneur indépendant ou en supervisant son travail». L'employeur est responsable de la négligence de l'entrepreneur. L'employeur a déjà, en vertu de la common law ou de la loi, l'obligation personnelle de faire preuve de diligence raisonnable. La règle de l'obligation intransmissible ajoute une autre obligation — celle de s'assurer que l'entrepreneur indépendant fait preuve, lui aussi, de diligence raisonnable.

Bien que la nature de l'exception soit claire, il n'en est pas de même de la question de savoir quand elle s'applique. Certains tribunaux ont statué qu'elle ne s'applique que dans certaines catégories de cas, tels le cas du préjudice résultant d'activités ou d'objets intrinsèquement dangereux, le cas du préjudice causé dans l'exercice d'un pouvoir ou dans l'exécution d'une obligation conférés par la loi, ou, aux États-Unis, le cas du préjudice résultant de l'omission de maintenir les routes et d'autres lieux publics dans un état raisonnablement sécuritaire: voir *Restatement (Second) of Torts* § 418 (1965). Le problème que pose la méthode des catégories est que les catégories existantes ont été créées pour des motifs qui peuvent ne plus être acceptables selon les théories modernes de la responsabilité civile délictuelle: J. P. Swanton, «Non-delegable Duties: Liability for the Negligence of Independent Contractors (Part I)» (1991), 4 *J. Contract L.* 183, aux pp. 192, 201 et 202. Ainsi, Glanville Williams écrit que [TRADUCTION] «les tribunaux ont élargi, apparemment sans égard à aucune considération de politique générale, la responsabilité relative aux entrepreneurs indépendants» («Liability for Independent Contractors», [1956] *Cambridge L.J.* 180, à la p. 180).

Au lieu de confirmer ou d'accroître un mélange disparate de catégories, nous devrions chercher les principes sous-jacents qui justifient l'imposition d'une obligation intransmissible à une personne qui engage un entrepreneur indépendant pour exécuter des travaux. C'est le point de vue que le juge Cory adopte. La question de savoir s'il existe une

of the duty owed by the defendant to the plaintiff” (para. 17). “In some circumstances, the duty to take reasonable care may well be discharged by hiring and, if required, supervising a competent contractor to perform the particular work” (para. 19). There is no categorical rule that common law duties arising from the exercise of a statutory power are never non-delegable. Rather, “[w]hether or not there will be liability for the negligence of the acts of the independent contractor will depend to a large extent upon the statutory provisions involved and the circumstances presented by each case” (para. 20). Cory J. goes on to conclude that in this particular case, the wording of the statute, combined with policy considerations, imposes on the Crown, not only a duty to be careful in hiring or supervising independent contractors, but an additional non-delegable duty to ensure that the work of its contractors is done without negligence.

I agree with this analysis. I am not so sure as my colleague that s. 48 of the *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, c. 280, which provides that the Ministry “shall direct the construction, maintenance and repair” of all highways, demonstrates clearly that the Ministry must “personally direct” and supervise these works in all their aspects (para. 26). It seems to me that those words are also consistent with a basic direction that works be undertaken. Yet I am satisfied in this case that the circumstances, taken together with the statutory provisions, suffice to establish a non-delegable duty of care on the Ministry with respect to highway maintenance. To determine whether a non-delegable duty should be imposed, the Court should examine the relationship between the parties and ask whether that relationship possesses elements that make it appropriate to hold the defendant liable for the negligence of its independent contractor. In the case at bar, the fact that road maintenance is entirely within the power of the Ministry is an important element to consider. So is the correlative fact that this renders the public,

obligation intransmissible «dépendra de la nature et de l’étendue de l’obligation que le défendeur a envers le demandeur» (par. 17). «Dans certains cas, il est bien possible de s’acquitter de l’obligation de faire preuve de diligence raisonnable en retenant et, au besoin, en supervisant les services d’un entrepreneur compétent pour exécuter les travaux en cause» (par. 19). Il n’y a pas de règle catégorique voulant que les obligations de common law découlant de l’exercice d’un pouvoir conféré par la loi ne soient jamais intransmissibles. Au contraire, «[l]a question de savoir s’il y a responsabilité pour la négligence de l’entrepreneur indépendant dépend, dans une large mesure, des dispositions législatives applicables et des circonstances propres à chaque cas» (par. 20). Le juge Cory conclut ensuite qu’en l’espèce le libellé de la loi, conjugué à des considérations de politique générale, impose à l’État non seulement une obligation de faire preuve de diligence en retenant ou en supervisant les services d’entrepreneurs indépendants, mais aussi une obligation intransmissible de s’assurer que ses entrepreneurs ne font pas preuve de négligence en exécutant les travaux.

Je suis d’accord avec cette analyse. Je ne suis pas aussi certaine que mon collègue que l’art. 48 de la *Ministry of Transportation and Highways Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 280, qui veut que le Ministère [TRADUCTION] «dirige les travaux de construction, d’entretien et de réparation» de toutes les routes, démontre clairement que le Ministère doit «diriger personnellement» et superviser tous les aspects de ces travaux (par. 26). Il me semble que ces mots peuvent aussi être interprétés comme accordant simplement le pouvoir de décider que des travaux soient entrepris. Je suis cependant convaincue, en l’espèce, que les circonstances, considérées avec les dispositions législatives, suffisent pour établir que le Ministère a une obligation de diligence intransmissible en matière d’entretien des routes. Pour déterminer s’il y a lieu d’imposer une obligation intransmissible, la cour devrait examiner la relation entre les parties et se demander si cette relation comporte des éléments qui justifient de tenir le défendeur responsable de la négligence de son entrepreneur indépendant. Dans le cas qui nous occupe, le fait que l’entretien des routes

who often have no choice but to use the highway, totally vulnerable as to how, and by whom, road maintenance is performed. Finally, the fact that safety and lives are at issue is of critical importance. Cory J. correctly stresses these factors in concluding that the Ministry cannot discharge its duty in this case merely by proving that it exercised reasonable care in hiring and supervising the contractor. The Ministry must go further and ensure that the contractor's work was carried out without negligence.

relève entièrement du pouvoir du Ministère est un élément important à considérer. Il en est de même du fait corrélatif que cela rend le public, qui souvent n'a d'autre choix que d'utiliser la route, tout à fait vulnérable en ce qui concerne la façon dont l'entretien des routes est fait et l'identité de ceux qui l'effectuent. Finalement, le fait que la sécurité et des vies soient en jeu est d'une importance cruciale. Le juge Cory souligne avec raison ces facteurs en concluant que le Ministère ne peut s'acquitter de son obligation, en l'espèce, en prouvant simplement qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en engageant l'entrepreneur et en supervisant son travail. Le Ministère doit aller plus loin et s'assurer que l'entrepreneur n'a pas fait preuve de négligence en exécutant les travaux.

54

The facts of this case, in my respectful view, fall within the test set out by Mason J. (as he then was) in *Kondis v. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672 (Aust. H.C.). Like the Court in this case, in *Kondis*, Mason J. (for the majority) adopted a principled approach dependent on the circumstances of the case at hand, to determine when a non-delegable duty should be imposed. After surveying the range of cases and categories in which such a duty had been found, Mason J. summed up the underlying principles in the following passage, with which I agree (at p. 687):

À mon avis, les faits de la présente affaire relèvent du critère établi par le juge Mason (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kondis c. State Transport Authority* (1984), 154 C.L.R. 672 (H.C. Austr.). À l'instar de notre Cour dans la présente affaire, le juge Mason a adopté, au nom de la majorité, une méthode structurée, fondée sur les circonstances de l'affaire en cause, pour déterminer quand il y a lieu d'imposer une obligation intransmissible. Après avoir passé en revue toutes les affaires et les catégories dans lesquelles l'existence d'une telle obligation a été constatée, le juge Mason a résumé les principes sous-jacents dans le passage suivant, auquel je souscris (à la p. 687):

... when we look to the classes of case in which the existence of a non-delegable duty has been recognized, it appears that there is some element in the relationship between the parties that makes it appropriate to impose on the defendant a duty to ensure that reasonable care and skill is taken for the safety of the persons to whom the duty is owed. As I said in *Introvigne* "the law has, for various reasons imposed a special duty on persons in certain situations to take particular precautions for the safety of others". That statement should be expanded by adding a reference to safeguarding or protecting the property of other persons, a matter which did not present itself for consideration in *Introvigne*.

[TRADUCTION] ... lorsque nous considérons les catégories d'affaire où l'existence d'une obligation intransmissible a été reconnue, il appert qu'il y a un élément dans la relation entre les parties qui justifie l'imposition au défendeur d'une obligation de s'assurer que l'on agit avec diligence raisonnable et compétence pour garantir la sécurité des personnes envers qui cette obligation existe. Comme je l'ai dit dans *Introvigne*, «la common law a, pour diverses raisons, imposé une obligation spéciale à des personnes placées dans certaines situations de prendre des précautions particulières pour assurer la sécurité d'autrui». Je crois qu'il faut augmenter la portée de cette affirmation en mentionnant la protection des biens d'autrui, une question qui n'était pas à l'examen dans *Introvigne*.

The element in the relationship between the parties which generates a special responsibility or duty to see that care is taken may be found in one or more of sev-

L'élément de la relation entre les parties qui engendre une responsabilité ou obligation spéciale de veiller à ce qu'on fasse preuve de diligence peut exister dans une

eral circumstances. The hospital undertakes the care, supervision and control of patients who are in special need of care. The school authority undertakes like special responsibilities in relation to the children whom it accepts into its care. If the invitor be subject to a special duty, it is because he assumes a particular responsibility in relation to the safety of his premises and the safety of his invitee by inviting him to enter them. And in *Meyers v. Easton* the undertaking of the landlord to renew the roof of the house was seen as impliedly carrying with it an undertaking to exercise reasonable care to prevent damage to the tenant's property. In these situations the special duty arises because the person on whom it is imposed has undertaken the care, supervision or control of the person or property of another or is so placed in relation to that person or his property as to assume a particular responsibility for his or its safety, in circumstances where the person affected might reasonably expect that due care will be exercised. [Emphasis added.]

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Laxton & Company, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

seule ou plusieurs situations. L'hôpital entreprend de soigner, de superviser et de surveiller les patients qui ont besoin d'une attention particulière. L'autorité scolaire assume des responsabilités spéciales similaires à l'égard des enfants dont elle accepte de s'occuper. Si l'auteur d'une invitation est assujéti à une obligation spéciale, c'est parce qu'il assume une responsabilité particulière quant à la sécurité de ses lieux et de son invité lorsqu'il l'invite à y pénétrer. Et dans *Meyers c. Easton*, l'engagement du propriétaire à refaire la toiture de la maison a été considéré comme comportant implicitement un engagement à faire preuve de diligence raisonnable afin d'empêcher que les biens du locataire soient endommagés. Dans ces circonstances, l'obligation spéciale naît parce que la personne à qui elle est imposée a entrepris de s'occuper des soins, de la supervision ou du contrôle de la personne ou des biens d'autrui ou est, par rapport à cette personne ou à ses biens, dans une situation où il peut être présumé qu'elle a une responsabilité particulière d'assurer la sécurité de cette personne ou de ses biens, lorsque la personne touchée pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'on fasse preuve de diligence raisonnable. [Je souligne.]

Je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la façon proposée par le juge Cory.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Laxton & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Victoria.

**Her Majesty The Queen in Right of the
Province of British Columbia, as
represented by the Minister of
Transportation and Highways** *Appellant*

v.

Anthony Dale Mochinski *Respondent*

INDEXED AS: MOCHINSKI v. TRENDLINE INDUSTRIES LTD.

File No.: 25474.

1997: October 7; 1997: December 11.

Present: Sopinka,* Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Torts — Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to perform road maintenance work — Driver injured after block of ice fell on highway — Contractor negligent in failing to remove overhanging ice block or failing to clear ditch — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

The respondent was forced to veer off the highway he was travelling on into the ditch when a large block of ice fell on or in front of his truck. As a result of the accident, he suffered serious injuries which will permanently restrict the movement and use of his right knee and hand. The provincial Ministry of Transportation and Highways had engaged an independent contractor to perform road maintenance work in the area encompassing the accident site. The contractor was required to control roadside ice and snow, to remove overhanging ice from rock faces or tunnel walls, and to clear debris from the ditches along the side of the highway. It was also its responsibility to warn highway travellers of hazards including ice falls. The trial judge held that the contractor was negligent and had breached its duty of care to users of the highway by failing to remove the overhanging ice block or by failing to clear the ditch. He also held that the Ministry was originally and jointly liable for the contractor's negligence because it owed a statutory duty to maintain the highways reasonably

* Sopinka J. took no part in the judgment.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province
de la Colombie-Britannique, représentée par
le ministre des Transports et de la
Voirie** *Appelante*

c.

Anthony Dale Mochinski *Intimé*

RÉPERTOIRE: MOCHINSKI c. TRENDLINE INDUSTRIES LTD.

N° du greffe: 25474.

1997: 7 octobre; 1997: 11 décembre.

Présents: Les juges Sopinka*, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Responsabilité délictuelle — Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial confiant l'entretien d'une route à un entrepreneur indépendant — Conducteur blessé à la suite de la chute d'un bloc de glace sur la route — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en n'enlevant pas un bloc de glace en surplomb ou en ne nettoyant pas le fossé — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

L'intimé a été forcé de quitter la route sur laquelle il circulait et de se diriger dans le fossé lorsqu'un gros bloc de glace est tombé sur son camion ou en avant de celui-ci. Cet accident lui a causé de graves blessures qui limiteront, de façon permanente, le mouvement et l'usage de son genou droit et de sa main droite. Le ministère provincial des Transports et de la Voirie avait confié à un entrepreneur indépendant les travaux d'entretien de la route dans le secteur où l'accident s'est produit. L'entrepreneur devait empêcher l'accumulation de glace et de neige en bordure de la route, enlever la glace qui pendait sur les parois rocheuses ou les murs de tunnel, et retirer les débris des fossés longeant la route. Il lui incombait aussi d'avertir les automobilistes empruntant la route des dangers comme les chutes de glace. Le juge de première instance a décidé que l'entrepreneur avait fait preuve de négligence et avait manqué à son obligation de diligence envers les usagers de la route, en n'enlevant pas le bloc de glace en surplomb ou en ne nettoyant pas le fossé. Il a aussi statué que le Ministère

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

which, because of its nature, could not be delegated. The Court of Appeal dismissed the appellant Crown's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *Lewis*, the Ministry must remain liable for its contractor's negligence. The applicable statutory provisions, sound policy considerations and the reasonable expectations of highway users all lead to the conclusion that the appellant cannot escape liability for negligence in maintaining and repairing the roads by delegating that work to an independent contractor.

Cases Cited

Followed: *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, rev'g (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 291, [1996] 10 W.W.R. 445, 76 B.C.A.C. 174, 125 W.A.C. 174, 29 C.C.L.T. (2d) 1, 22 M.V.R. (3d) 44, [1996] B.C.J. No. 1071 (QL), dismissing the provincial Crown's appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1994), 5 M.V.R. (3d) 140, [1994] B.C.J. No. 1220 (QL), finding it liable for the plaintiff driver's injuries. Appeal dismissed.

Thomas H. MacLachlan and William A. Pearce, Q.C., for the appellant.

David O. Marley, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — This appeal was heard at the same time as *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, and raises the same issue. As in *Lewis*, the question to be resolved is whether by engaging an independent contractor to perform road maintenance work, the

était initialement et conjointement responsable de la négligence de l'entrepreneur parce qu'il était légalement tenu d'assurer l'entretien raisonnable des routes, obligation qui, de par sa nature, n'était pas transmissible. La Cour d'appel a rejeté l'appel de la province.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs exposés dans *Lewis*, le Ministère doit demeurer responsable de la négligence de son entrepreneur. Les dispositions législatives applicables, de saines considérations de politique générale et les attentes raisonnables des usagers de la route amènent toutes à conclure que l'appelante ne saurait échapper à la responsabilité pour négligence en matière d'entretien et de réparation des routes, en déléguant l'exécution de ces travaux à un entrepreneur indépendant.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, inf. (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 291, [1996] 10 W.W.R. 445, 76 B.C.A.C. 174, 125 W.A.C. 174, 29 C.C.L.T. (2d) 1, 22 M.V.R. (3d) 44, [1996] B.C.J. No. 1071 (QL), qui a rejeté un appel de Sa Majesté du chef de la province contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 5 M.V.R. (3d) 140, [1994] B.C.J. No. 1220 (QL), concluant à sa responsabilité relativement aux blessures du conducteur demandeur. Pourvoi rejeté.

Thomas H. MacLachlan et William A. Pearce, c.r., pour l'appelante.

David O. Marley, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, et il soulève la même question. Comme dans *Lewis*, il s'agit de savoir si en confiant à un entrepreneur indépendant les travaux

appellant is absolved from liability for the contractor's negligence.

Factual Background

2 On April 9, 1989, the respondent Mr. Mochinski was travelling eastbound on a two-lane highway. He moved into the westbound lane to pass a slow vehicle when a large block of ice fell on or in front of his truck and he was forced to veer off into the ditch. As a result of the accident, Mr. Mochinski suffered serious injuries which will permanently restrict the movement and use of his right knee and hand.

3 On October 20, 1988, the Ministry of Transportation and Highways placed highway operations in the area encompassing the accident site in the private sector by contracting with Trendline Industries Ltd. for maintenance services. The contract required Trendline to control roadside ice and snow, to remove overhanging ice from rock faces or tunnel walls, and to clear debris from the ditches along the side of the highway. It was also Trendline's responsibility to warn highway travellers of hazards including ice falls.

4 The Ministry's district highway manager examined the ice problem at the bluff in 1987 and 1988 and observed ice building up in the ditch below the bluffs. This was caused by ice creeping onto the shoulder of the road, melting and then freezing after sundown. He did not consider the ice on the road to be a problem since road crews applied chemicals and abrasives to prevent ice formation. However, the ice and rock build-up below the bluff did require the ditches to be widened to hold slough and to provide drainage. The ditch at the accident site varied in width between 3.5 and 3.6 metres and was the widest in the area. The Ministry's district manager did not think ice-build-up on the slope was a problem because he believed

d'entretien d'une route, l'appelante est exonérée de toute responsabilité découlant de la négligence de cet entrepreneur.

Les faits

Le 9 avril 1989, l'intimé, M. Mochinski, voyageait en direction est sur une route à deux voies. Il avait emprunté la voie opposée pour dépasser un véhicule lent, lorsqu'un gros bloc de glace est tombé sur son camion ou en avant de celui-ci, le forçant à quitter la route et à se diriger dans le fossé. Cet accident a causé à M. Mochinski de graves blessures qui limiteront, de façon permanente, le mouvement et l'usage de son genou droit et de sa main droite.

Le 20 octobre 1988, le ministère des Transports et de la Voirie avait confié au secteur privé des opérations de voirie dans le secteur où l'accident s'est produit, en concluant avec Trendline Industries Ltd. un contrat de services d'entretien. Aux termes de ce contrat, Trendline devait empêcher l'accumulation de glace et de neige en bordure de la route, enlever la glace qui pendait sur les parois rocheuses ou les murs de tunnel, et retirer les débris des fossés longeant la route. Il incombait aussi à Trendline d'avertir les automobilistes empruntant la route des dangers comme les chutes de glace.

Le directeur régional de la voirie du Ministère a examiné le problème de glace qui se posait à la falaise en 1987 et 1988, et a constaté une accumulation de glace dans le fossé situé au pied des falaises. Cela était dû à la glace qui se formait sur l'accotement de la route, qui fondait et qui gelait de nouveau la nuit venue. Il n'a pas jugé qu'il y avait un problème de glace sur la route étant donné que des équipes mobiles épandaient des substances chimiques et abrasives destinées à empêcher la formation de glace. Cependant, en raison de l'accumulation de glace et de roches au pied de la falaise, il était nécessaire d'élargir les fossés afin de retenir les bourbiers et d'assurer le drainage des eaux. À l'endroit où l'accident s'est produit, le fossé, dont la largeur variait entre 3,5 et 3,6 mètres, était le plus large du secteur. Le directeur

the ditch at the accident site was wide enough to take care of any ice that broke free of the bluff.

Trendline's maintenance foreman — who had also been the Ministry's area foreman before maintenance was entrusted to the private sector — testified that the site had bad ice formation during the winter of 1988 and spring of 1989. At the time of the accident, solid ice about 50 metres in length, 30 metres high and 1.3 metres thick covered the rock bluff above the accident site. Temperatures fluctuated widely in the days prior to the accident and it was readily apparent that spring thaw conditions prevailed. On the day of the accident, one of Trendline's maintenance employees had already used a front-end loader to remove ice and debris from the highway that had fallen from the bluffs. The foreman had then parked the front-end loader about half a kilometre from the accident site expecting that it would have to be used again to remove debris from the highway. He testified at trial that he was not surprised that the accident had occurred.

The Ministry was responsible for the installation of permanent warning signs, while Trendline was responsible for emergency warning signs. The Ministry installed a permanent warning sign alerting westbound traffic that the area was prone to falling rock. Trendline did not install an emergency sign for eastbound traffic.

Decisions Below

The Supreme Court of British Columbia (1994), 5 M.V.R. (3d) 140

McKinnon J. held that Trendline owed a duty of care to Mr. Mochinski based on its contractual

régional du Ministère n'a pas jugé que l'accumulation de glace sur la pente posait un problème, car il croyait que le fossé, sur les lieux de l'accident, était assez large pour recevoir tout bloc de glace qui se détacherait de la falaise.

Le chef de l'équipe d'entretien de Trendline — qui avait également été chef d'équipe régional du Ministère avant que l'entretien soit confié au secteur privé — a témoigné qu'il y avait eu formation importante de glace à l'endroit en cause pendant l'hiver de 1988 et au printemps de 1989. Au moment de l'accident, une masse de glace d'environ 50 mètres de longueur, 30 mètres de hauteur et 1,3 mètre d'épaisseur, recouvrait la paroi rocheuse qui surplombait les lieux de l'accident. Il y a eu d'importantes fluctuations de température au cours des jours qui ont précédé l'accident, et il était évident que l'on était en période de fonte printanière. Le jour de l'accident, l'un des préposés à l'entretien de Trendline avait déjà utilisé une chargeuse frontale pour dégager la chaussée de la glace et des débris qui étaient tombés des falaises. Le chef d'équipe avait alors stationné la chargeuse frontale à environ un demi-kilomètre de l'endroit où l'accident est survenu, parce qu'il s'attendait à ce qu'il soit nécessaire de l'utiliser de nouveau pour enlever des débris de la chaussée. Au procès, il a témoigné que la nouvelle de l'accident ne l'avait guère étonné.

Le Ministère avait la responsabilité d'installer des panneaux de signalisation permanents, alors qu'il incombait à Trendline d'installer des panneaux de signalisation d'urgence. Le Ministère a installé un panneau de signalisation permanent qui prévenait les automobilistes se dirigeant vers l'ouest du danger d'éboulis de roches dans le secteur. Trendline n'a installé aucun panneau d'urgence destiné aux automobilistes se dirigeant vers l'est.

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1994), 5 M.V.R. (3d) 140

Le juge McKinnon a conclu que Trendline avait, envers M. Mochinski, une obligation de diligence

5

6

7

obligation to remove overhanging ice or snow from the rock face and tunnel walls. He held that the block of ice fell on the highway either because it was overhanging or because the roadside ditch had not been cleared of rock and debris and as a result it could no longer fulfil its designed purpose of catching and retaining the ice. He held that Trendline was negligent and had breached its duty of care to users of the highway by failing to remove the overhanging ice block or by failing to clear the ditch. McKinnon J. dismissed the plaintiff's claim based on a failure to warn of the danger on the highway. He found that the Ministry's failure to post a permanent warning sign for east-bound traffic was not a proximate cause of the accident, since Mr. Mochinski testified that he believed such a sign existed.

8 The trial judge held that the Ministry had imposed a reasonable standard of care on Trendline with its contract and had taken reasonable steps to ensure that Trendline was fulfilling its contractual obligations. He also found that the Ministry was not vicariously liable for Trendline's negligence because Trendline was an independent contractor. However, McKinnon J. held that the Ministry was originally and jointly liable for Trendline's negligence because the Ministry owed a statutory duty to reasonably maintain the highways which, because of its nature, could not be delegated.

The Court of Appeal of British Columbia (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 291

9 Legg J.A. dismissed Trendline's appeal from the trial judge's finding of negligence. He found that the contract between Trendline and the Ministry showed that Trendline had agreed to control traffic on the highway, to maintain safe conditions and to warn highway users of impending hazards. He noted that Trendline had failed to position traffic control devices, had not posted temporary emer-

fondée sur son obligation contractuelle d'enlever la glace ou la neige accumulée sur les parois rocheuses et les murs de tunnel. Il a statué que le bloc de glace était tombé sur la chaussée soit parce qu'il la surplombait, soit parce le fossé longeant la route n'avait pas été débarrassé des roches et débris qui s'y trouvaient, de sorte qu'il ne pouvait plus recevoir et retenir la glace comme il était destiné à le faire. Il a décidé que Trendline avait fait preuve de négligence et avait manqué à son obligation de diligence envers les usagers de la route, en n'enlevant pas le bloc de glace en surplomb ou en ne nettoyant pas le fossé. Le juge McKinnon a rejeté l'action du demandeur fondée sur l'omission d'avertir du danger auquel étaient exposés les automobilistes. Il a conclu que l'omission du Ministère d'installer un panneau de signalisation permanent destiné aux automobilistes se dirigeant vers l'est n'était pas une cause immédiate de l'accident vu que M. Mochinski avait témoigné qu'il croyait qu'un tel panneau était en place.

Le juge de première instance a statué que le Ministère avait imposé à Trendline une norme raisonnable de diligence dans le contrat conclu avec elle, et qu'il avait pris des mesures raisonnables pour s'assurer que Trendline respectait ses obligations contractuelles. Il a aussi jugé que la responsabilité du fait d'autrui du Ministère n'était pas engagée en raison de la négligence de Trendline parce que cette dernière était un entrepreneur indépendant. Toutefois, le juge McKinnon a statué que le Ministère était initialement et conjointement responsable de la négligence de Trendline parce qu'il était légalement tenu d'assurer l'entretien raisonnable des routes, obligation qui, de par sa nature, n'était pas transmissible.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1996), 23 B.C.L.R. (3d) 291

Le juge Legg a rejeté l'appel de Trendline contre la conclusion à l'existence de négligence, tirée par le juge de première instance. Il a décidé qu'il ressortait du contrat conclu entre Trendline et le Ministère que Trendline avait convenu de surveiller la circulation sur la route, d'y assurer la sécurité et d'avertir les automobilistes de tout danger imminent. Il a souligné que Trendline n'avait installé

gency signs and had not broadcast advisories after it had cleared the debris from the earlier ice fall on the day of the accident, and thus knew of the potential for a serious slide. Legg J.A. held that the accident would not have occurred if Trendline had restricted the flow of traffic to the eastbound lane. He therefore concluded that Trendline had breached its duty of care to users of the highway.

With respect to the Ministry's joint liability, Legg J.A. held that the Ministry had a statutory and common law duty to reasonably maintain the highways. He rejected the Ministry's argument that the Ministry had to have actual notice of Trendline's failure to warn of the hazard in order to be found jointly liable. He observed that pursuant to the Court of Appeal's reasons in *Lewis* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1, the Crown may be found to have discharged its non-delegable duty to users of the highway even if its contractor is negligent, and that an evaluation of the Crown's liability involves a consideration of the circumstances in their entirety. In light of this decision he held that the Crown should not be held automatically liable for every maintenance failure. However he held that an automatic finding of liability had not been made. He concluded that, in view of all of the circumstances, the failure by Trendline to warn the public of hazardous road conditions was a breach of the Ministry's statutory duty to maintain the highway reasonably.

Analysis

The trial judge found that Trendline negligently failed either to remove overhanging ice or to clear debris from roadside ditches, as it was required to do under its contract with the Ministry. The Court of Appeal dismissed Trendline's appeal from this finding of negligence. The only question to be resolved on this appeal is whether the appellant is absolved from liability to the respondent as a result

aucun dispositif de signalisation routière, ni aucun panneau temporaire de signalisation d'urgence, et n'avait diffusé aucun avis aux médias après avoir enlevé les débris résultant de la chute antérieure de glace le jour de l'accident, et qu'elle était donc consciente de la possibilité d'un glissement important. Le juge Legg a déterminé que l'accident ne serait pas survenu si Trendline avait limité le passage des véhicules à la voie en direction est. Il a donc conclu que Trendline avait manqué à son obligation de diligence envers les usagers de la route.

Quant à la responsabilité conjointe du Ministère, le juge Legg a statué que celui-ci était tenu, en vertu de la loi et de la common law, d'assurer l'entretien raisonnable des routes. Il a rejeté l'argument du Ministère voulant que, pour être déclaré conjointement responsable, il doive avoir été réellement prévenu qu'aucun avertissement du danger n'avait été donné par Trendline. Il a fait remarquer que, selon les motifs exposés par la Cour d'appel dans l'arrêt *Lewis* (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 1, il est possible de conclure que l'État s'est acquitté de son obligation intransmissible envers les usagers de la route, malgré la négligence de son entrepreneur, et que, pour évaluer la responsabilité de l'État, il faut examiner l'ensemble des circonstances. Compte tenu de cette décision, il a statué que l'État ne devrait pas être tenu automatiquement responsable de tout défaut d'entretien. Cependant, il a jugé qu'il n'y avait pas eu de conclusion automatique à la responsabilité. Il a décidé que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'omission de Trendline d'avertir le public de l'état dangereux de la route constituait un manquement à l'obligation d'assurer l'entretien raisonnable des routes, que la loi impose au Ministère.

Analyse

Le juge de première instance a conclu que Trendline avait fait preuve de négligence en omettant d'enlever la glace en surplomb ou les débris qui se trouvaient dans les fossés longeant la route, contrairement à ce qu'elle était tenue de faire en vertu de son contrat avec le Ministère. La Cour d'appel a rejeté l'appel de Trendline contre cette conclusion à l'existence de négligence. La seule

of engaging an independent contractor to perform the road maintenance work.

- 12 For the reasons set out in *Lewis*, the Ministry must remain liable for its contractor's negligence. In accordance with these reasons it can be stated that the applicable statutory provisions, sound policy considerations and the reasonable expectations of highway users all lead to the conclusion that the appellant cannot escape liability for negligence in maintaining and repairing the roads by delegating that work to an independent contractor.

Disposition

- 13 In the result, the appeal is dismissed with costs to the respondent throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: The Ministry of Attorney General, Victoria.

Solicitors for the respondent: Hean, Wylie, Peach, De Stefanis, Burnaby.

question qui doit être réglée dans le présent pourvoi est de savoir si l'appelante est exonérée de toute responsabilité envers l'intimé, du fait qu'elle a confié à un entrepreneur indépendant les travaux d'entretien de la route.

Pour les motifs exposés dans *Lewis*, le Ministère doit demeurer responsable de la négligence de son entrepreneur. Conformément à ces motifs, on peut affirmer que les dispositions législatives applicables, de saines considérations de politique générale et les attentes raisonnables des usagers de la route amènent toutes à conclure que l'appelante ne saurait échapper à la responsabilité pour négligence en matière d'entretien et de réparation des routes, en déléguant l'exécution de ces travaux à un entrepreneur indépendant.

Dispositif

En définitive, le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de l'intimé dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Hean, Wylie, Peach, De Stefanis, Burnaby.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

C.C.F. Respondent

INDEXED AS: R. v. F. (C.C.)

File No.: 25198.

Hearing and judgment: October 16, 1997.

Reasons delivered: December 18, 1997.

Present: Sopinka,* Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Videotape evidence — Children — Videotape made of child-complainant's testimony shortly after alleged crime and admitted into evidence on adoption by child — Requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 of the Criminal Code — Whether voir dire necessary — Effect of inconsistencies between child's viva voce evidence and videotaped statement — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

The respondent was convicted of touching his six-year-old daughter for a sexual purpose. The police investigated the complaint the evening it was made and videotaped the complainant's statement describing the incident. At trial, the complainant was shown the videotape following her examination-in-chief. She identified herself in the videotape, confirmed that she made the statements on the videotape and that they were true. The trial judge ruled that the complainant had adopted the videotaped statement and admitted it as evidence pursuant to s. 715.1 of the *Criminal Code*. On cross-examination the complainant made statements which contradicted in part the videotaped statements. The Ontario Court of Appeal overturned the conviction and directed a new trial at the discretion of the Crown. At issue here were the requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 and the effect of an inconsistency between the child's *viva voce* evidence and her videotaped statement. Also at issue was whether

* Sopinka J. joined in the judgment of October 16, 1997 but took no part in these reasons for judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

C.C.F. Intimé

RÉPERTORIÉ: R. c. F. (C.C.)

N° du greffe: 25198.

Audition et jugement: 16 octobre 1997.

Motifs déposés: 18 décembre 1997.

Présents: Les juges Sopinka*, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Enregistrement magnétoscopique — Enfants — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de l'enfant plaignant réalisé peu de temps après le crime reproché et admis en preuve après sa confirmation par celle-ci — Conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1 du Code criminel — Un voir-dire était-il nécessaire? — Effet des incohérences entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

L'intimé a été déclaré coupable d'avoir commis des attouchements à des fins d'ordre sexuel sur sa fille âgée de six ans. La police a enquêté sur la plainte le soir même où elle a été déposée et a enregistré sur bande magnétoscopique la déclaration de la plaignante décrivant l'incident. Au procès, après l'interrogatoire principal de la plaignante, on lui a montré l'enregistrement magnétoscopique de sa déclaration. La plaignante a dit que c'était bien elle qu'on voyait sur la bande, et elle a confirmé qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que celles-ci étaient vraies. Le juge du procès a statué que la plaignante avait confirmé la déclaration enregistrée et a admis cette déclaration en preuve conformément à l'art. 715.1 du *Code criminel*. Au cours du contre-interrogatoire, la plaignante a fait des déclarations contredisant en partie les déclarations enregistrées sur la bande magnétoscopique. La Cour d'appel de l'Ontario a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, à la dis-

* Le juge Sopinka a pris part au jugement du 16 octobre 1997, mais n'a pas pris part aux présents motifs de jugement.

a *voir dire* should have been held with respect to the admissibility of the complainant's videotaped statement.

Held: The appeal should be allowed.

Section 715.1 of the *Code* is a statutory exception to the hearsay rule which permits an out-of-court statement to be admitted at the trials of certain enumerated offences if the complainant is under 18 and if the video was made within a reasonable time following the alleged offence. The complainant must also describe the acts complained of and, while testifying, adopt the contents of the videotape. The section's primary goal is to create a record of what is probably the best recollection of the event. It is also to prevent or reduce materially the likelihood of inflicting further injury upon a child as a result of participating in court proceedings.

The word "adopts" in s. 715.1 should be given a meaning consistent with the section's aim and purpose and the word "*confirme*" in the French text must be given the same meaning. The strict adoption test for prior inconsistent statements, which was necessary to ensure a reasonable degree of reliability, should not be used because s. 715.1 has built-in guarantees of trustworthiness and reliability.

A witness who cannot remember the events cannot be effectively cross-examined on the contents of his or her statement. Several factors present in s. 715.1 provide the requisite reliability of the videotaped statement: (a) the requirement that the statement be made within a reasonable time; (b) the fact that the trier of fact can watch the entire interview, which provides an opportunity to observe the demeanor and to assess the personality and intelligence of the child; (c) the requirement that the child attest that he or she was attempting to be truthful at the time that the statement was made. As well, the child can be cross-examined at trial as to whether he or she was actually being truthful when the statement was made. Moreover, where the complainant has no independent memory of the events, there is an obvious necessity for the videotaped evidence. The trier of fact,

création du ministère public. Les questions en litige étaient de savoir quelles sont les conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1, quel est l'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique, et si un voir-dire aurait dû être tenu quant à l'admissibilité de la déclaration de la plaignante enregistrée sur bande magnétoscopique.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 715.1 du *Code*, qui est une exception législative à la règle de l'inadmissibilité du oui-dire, permet qu'une déclaration extrajudiciaire soit admise en preuve dans les procès concernant les infractions qui y sont énumérées, si le plaignant a moins de 18 ans et si l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée. Le plaignant doit également y décrire les faits à l'origine de l'accusation et il doit confirmer dans son témoignage le contenu de l'enregistrement magnétoscopique. L'article a pour objet primordial de consigner ce qui est probablement le meilleur souvenir de l'événement. Il vise également à prévenir ou à réduire considérablement le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant par suite de sa participation aux procédures judiciaires.

Il faut donner au mot anglais «*adopts*» utilisé à l'art. 715.1 un sens compatible avec l'objet de cet article, et le même sens doit être attribué au mot correspondant «*confirme*» dans le texte français. Le critère strict de confirmation appliqué aux déclarations antérieures incompatibles, qui était nécessaire pour garantir que ces déclarations possédaient un degré raisonnable de fiabilité, ne devrait pas être appliqué parce que l'art. 715.1 intègre des garanties de fidélité et de fiabilité.

Le témoin qui ne peut se souvenir des événements ne peut pas vraiment être contre-interrogé sur le contenu de sa déclaration. L'article 715.1 comporte divers éléments qui assurent la fiabilité requise de la déclaration enregistrée: a) la déclaration doit avoir été faite dans un délai raisonnable; b) le juge des faits peut regarder toute l'entrevue et ainsi observer le comportement de l'enfant et apprécier sa personnalité et son intelligence; c) l'enfant doit attester qu'il essayait de dire la vérité au moment où la déclaration a été faite. En outre, on peut contre-interroger l'enfant au procès et lui demander s'il disait vraiment la vérité au moment où la déclaration a été faite. Qui plus est, lorsque le plaignant n'a aucun souvenir indépendant des événements, la nécessité de l'enregistrement magnétoscopique est évidente. Cependant, il faut donner au juge des faits une mise en garde spéciale

however, should be given a special warning of the dangers of convicting based on the videotape alone.

Once the trial judge rules that the statement has been adopted, the video becomes evidence of the events described as if the child were giving the statements on the videotape in open court. An adopted videotaped statement should, together with the *viva voce* evidence given at trial, comprise the whole of the evidence-in-chief of the complainant. Any questions which arise concerning the circumstances in which the video was made, the veracity of the witnesses' statements, or the overall reliability of the evidence, are matters for the trier of fact to consider in determining how much weight the videotaped statement should be given. Parts of the video contradicted during cross-examination are not rendered inadmissible but may well be given less weight in the final determination of the issues. The fact that the video is contradicted in cross-examination does not necessarily mean that the video is wrong or unreliable.

The standard for assessing credibility which would be applied to an adult's evidence is not always appropriate in assessing a young child's credibility. The peculiar perspectives of children can affect their recollection of events and the presence of inconsistencies, especially those related to peripheral matters, should be assessed in context. A skilful cross-examination is almost certain to confuse a child, even if he or she is telling the truth, and that confusion can lead to inconsistencies in the child's testimony.

A *voir dire* must be held in order to review the contents of the tape to ensure that the statements within it conform to the rules of evidence. At this stage, the trial judge may exercise his or her discretion to exclude the videotaped statement if prejudice from its admission would outweigh its probative value. The discretionary power to exclude evidence should not be used to determine issues of weight. Where there is conflicting evidence and opinion as to how useful the videotaped statement may be in providing an honest and complete account of the complainant's story, the statement should

contre les risques que comporterait le fait de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi seulement de l'enregistrement magnétoscopique.

Une fois que le juge du procès a statué que la déclaration a été confirmée, l'enregistrement devient un témoignage sur les événements qui y sont décrits, comme si l'enfant faisait les déclarations contenues dans l'enregistrement en salle d'audience. L'enregistrement ainsi confirmé devrait, avec le témoignage rendu de vive voix rendu au procès, constituer l'ensemble du témoignage en interrogatoire principal présenté par le plaignant. Toute question qui se soulève au sujet des circonstances dans lesquelles l'enregistrement a été fait, de la véracité des déclarations du témoin ou de la fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge des faits dans l'appréciation du poids qui doit être accordé à la déclaration enregistrée. Le fait que des parties de l'enregistrement soient contredites durant le contre-interrogatoire ne les rend pas inadmissibles en preuve, mais il se peut fort bien que, au moment de la décision finale sur les questions en litige, on accorde moins de poids à un enregistrement qui a été contredit. Le fait que l'enregistrement a été contredit au cours du contre-interrogatoire ne signifie pas que le contenu de l'enregistrement est faux ou qu'il n'est pas fiable.

La norme applicable pour apprécier la crédibilité du témoignage d'un adulte ne convient pas toujours pour apprécier la crédibilité d'un jeune enfant. Les enfants ont une perspective des choses qui peut influencer sur leur souvenir des événements, et la présence d'incohérences, spécialement sur des questions secondaires, devrait être évaluée en contexte. Un contre-interrogatoire habile permet presque à coup sûr d'embrouiller un enfant, même s'il dit la vérité, et cette confusion peut engendrer des incohérences dans son témoignage.

Un *voir-dire* doit être tenu pour examiner le contenu de l'enregistrement afin de s'assurer que les déclarations qu'il contient respectent les règles de la preuve. À cette étape, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour écarter l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration si le préjudice que pourrait causer son admission en preuve l'emporte sur sa valeur probante. Le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve ne devrait pas être exercé pour trancher des questions concernant la valeur probante. Lorsqu'il existe des éléments de preuve contradictoires et que les avis sont partagés sur l'utilité de l'enregistrement magnétoscopique pour obtenir un récit honnête et complet de la version du plaignant, la déclaration devrait être admise en preuve, sauf si le juge du procès est convaincu

be admitted unless the trial judge is satisfied that it could interfere with the truth-finding process.

Although it is preferable for the police to refrain, to the extent that it is reasonably possible, from interviewing the complainant before the videotaped statement is recorded, the ultimate reliability of the videotaped statement is not a question which should be resolved at the *voir dire*. The fact that a pre-video interview was conducted, and any effect it may have had on the subsequently videotaped statement, should go to the weight to be accorded the evidence and not to its admissibility. The police officers conducting the videotaped interview should pose simple, open-ended questions to the child. In some situations, however, it will be necessary and appropriate to ask leading questions.

No substantial wrong resulted from the failure to hold a *voir dire*. Since the complainant adopted the videotape's contents and absent evidence that the trial judge would or should have exercised the residual discretion to exclude the evidence because of unfairly prejudicial effects its admission would have on the respondent, the videotaped statement was properly admitted.

Cases Cited

Applied: *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **not followed:** *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; **considered:** *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; **referred to:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *R. v. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Smith* (1985), 66 A.R. 195; *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Buric*, [1997] 1 S.C.R. 535.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [ad. R.S.C., c. 19 (3rd Supp.), s. 16].

qu'elle pourrait nuire au processus de recherche de la vérité.

Même s'il est préférable que les policiers s'abstiennent, dans la mesure où cela est raisonnablement possible, d'interroger le plaignant avant d'enregistrer sa déclaration, en définitive, la fiabilité de l'enregistrement magnétoscopique n'est pas une question qui doit être tranchée à l'occasion d'un *voir-dire*. Le fait qu'une entrevue ait été réalisée avant l'enregistrement magnétoscopique et l'effet qu'a pu avoir cette entrevue sur la déclaration enregistrée par la suite concernent le poids qui doit être accordé à la preuve, non son admissibilité. Les policiers menant l'interrogatoire enregistré devraient poser à l'enfant des questions simples à réponses libres. Dans certaines situations, cependant, il sera nécessaire et approprié de poser des questions suggestives.

L'omission de tenir un *voir-dire* n'a causé aucun tort important. Étant donné que la plaignante a confirmé le contenu de l'enregistrement magnétoscopique et qu'il n'y avait aucune preuve tendant à indiquer que le juge du procès aurait pu ou aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et écarter l'élément de preuve en cause en raison d'effets injustement préjudiciables qu'aurait son admission pour l'intimé, l'enregistrement magnétoscopique a à bon droit été admis en preuve.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; **arrêt non suivi:** *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; **arrêt examiné:** *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; **arrêts mentionnés:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Smith* (1985), 66 A.R. 195; *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Buric*, [1997] 1 R.C.S. 535.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. L.R.C., ch. 19 (3^e suppl.), art. 16].

Authors Cited

- Bala, Nicholas and Hilary McCormack. "Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.) and Levogiannis*" (1994), 25 C.R. (4th) 341. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "adopt".
- Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., vol. I, 1986, November 4, 1986 (Hon. Bob Kaplan), p. 1040.
- Flin, Rhona and J. R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189.
- Lathi, Diana B. "Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases" (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507.
- McGrath, Mike and Carolyn Clemens. "The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases" (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229.
- Perry, Nancy Walker and Bradley D. McAuliff, "The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications" (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1996), 88 O.A.C. 397, [1996] O.J. No. 379 (QL), setting aside a conviction by Lane J. Appeal allowed.

Christine Bartlett-Hughes, for the appellant.

Christopher Hicks, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J. — Section 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides that if a videotape is made within a reasonable time after the offence it will be admissible in evidence if the young complainant adopts it when testifying. The appellate courts of Alberta and Ontario have given different meaning to the word "adopted". What constitutes the adoption of a videotape statement is the first and paramount issue that must be resolved in this appeal. The second is a consideration of what effect, if any, subsequent contradictory evidence of

Doctrine citée

- Bala, Nicholas and Hilary McCormack. «Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.) and Levogiannis*» (1994), 25 C.R. (4th) 341. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «adopt».
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 33^e lég., vol. I, 1986, 4 novembre 1986 (l'hon. Bob Kaplan), p. 1040.
- Flin, Rhona and J. R. Spencer. «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189.
- Lathi, Diana B. «Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases» (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507.
- McGrath, Mike and Carolyn Clemens. «The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases» (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229.
- Perry, Nancy Walker and Bradley D. McAuliff, «The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications» (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1996), 88 O.A.C. 397, [1996] O.J. No. 379 (QL), qui a infirmé la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Lane. Pourvoi accueilli.

Christine Bartlett-Hughes, pour l'appelante.

Christopher Hicks, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY — L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, indique qu'un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction est admissible en preuve si le jeune plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement. Les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario ont donné un sens différent au mot «*adopted*» («confirme»). La première question qui doit être tranchée dans le présent pourvoi est la question primordiale de savoir ce qui constitue la confirmation d'une déclaration faite dans un enregistrement magnétoscopique. La seconde question concerne l'effet d'une déposition ultérieure contradictoire du

the complainant will have upon the admissibility of the videotape statement.

Factual Background

2 The respondent was convicted of touching his daughter for a sexual purpose. At the time of the offence the little girl was just six years old. At that time, the complainant was living with her mother and younger brother. The respondent had separated from the complainant's mother some years earlier.

3 On the evening of the incident, the respondent visited the complainant's mother in an attempt to reconcile with her but his offers were rejected. Eventually the respondent, as he had done on other occasions, went to sleep in the complainant's bed. The next morning the complainant told her mother that the respondent had touched her "privates" while he was in bed with her. That evening, police spoke to the complainant and her mother and took them to the police station. The police conducted an initial interview with the complainant and then videotaped her statement.

4 In that videotape, S.D. (the complainant) told the police officer that on the previous night, she had been asleep in bed with her mother when the respondent, banging on the door, woke them up. She stated that her mother left the room and the respondent went to sleep with her in her bed. S.D. said that the respondent touched her "around there, inside" and gestured to her genital area. She also stated that, although neither of them said anything, she knew her father was awake because she saw him. She stated that the respondent had been wearing his underwear. When asked how they had been lying, S.D. said she was on her side and her father was on his back. She also agreed with the officer's suggestion that, after touching her, the respondent had put his hand on his own privates.

5 At trial, the complainant was shown the videotaped statement following her examination-in-

plaignant sur l'admissibilité en preuve de l'enregistrement.

Les faits

L'intimé a été déclaré coupable d'avoir commis des attouchements sur sa fille à des fins d'ordre sexuel. Au moment de l'infraction, la petite fille n'avait que six ans. À cette époque, la plaignante vivait avec sa mère et son jeune frère. L'intimé vivait séparé de la mère de la plaignante depuis quelques années.

Le soir de l'incident, l'intimé s'est rendu chez la mère de la plaignante dans le but de se réconcilier avec elle, mais ses offres ont été rejetées. Plus tard, comme il l'avait fait à d'autres occasions, l'intimé est allé se coucher dans le lit de la plaignante. Le lendemain matin, celle-ci a dit à sa mère que l'intimé l'avait touchée aux «parties» pendant qu'il était au lit avec elle. Le même soir, les policiers ont parlé avec la plaignante et sa mère et ils les ont emmenées au poste de police. Les policiers ont fait une première entrevue avec la plaignante et ont ensuite enregistré sa déclaration sur bande magnéto-

scopique.

Dans cette déclaration enregistrée, S.D. (la plaignante) a dit à l'agent de police que, le soir précédent, elle était au lit avec sa mère et dormait quand l'intimé, frappant à grands coups dans la porte, les a réveillées. Elle a affirmé que sa mère a quitté la chambre et que l'intimé s'est couché avec elle dans son lit. S.D. a dit que l'intimé l'avait touchée [TRA-DUCTION] «par là, à l'intérieur», et elle a fait un geste indiquant ses organes génitaux. Elle a aussi dit que, même si aucun d'eux ne disait quoi que ce soit, elle savait que son père était éveillé parce qu'elle l'avait vu éveillé. Elle a affirmé que l'intimé était en sous-vêtements. Lorsqu'on lui a demandé de quelle façon ils étaient étendus dans le lit, S.D. a dit qu'elle était couchée sur le côté et que son père était sur le dos. Elle a également souscrit à la suggestion du policier que, après l'avoir touchée, l'intimé avait touché ses propres organes génitaux.

Au procès, après l'interrogatoire principal de la plaignante, on lui a montré l'enregistrement

chief. The complainant identified herself in the videotape, confirmed that she made the statements on the videotape and that they were true. The trial judge ruled that the complainant had adopted the videotaped statement and admitted it as evidence pursuant to s. 715.1 of the *Code*. On cross-examination the complainant made statements which contradicted in part the videotaped statements. For instance, she testified that the respondent was wearing pants and a shirt in bed and that she could not tell whether the respondent was awake or asleep when he touched her.

The respondent was convicted by Lane J. of the Ontario Court (Provincial Division) and sentenced to 15 months in custody. The Ontario Court of Appeal (1996), 88 O.A.C. 397, overturned that decision and directed a new trial at the discretion of the Crown. The Crown was granted leave to appeal to this Court, [1996] 3 S.C.R. xii.

On this appeal, upon the conclusion of oral argument, the judgment of the Court of Appeal was set aside, and the decision of Lane J. convicting the respondent, C.C.F. was restored with reasons to follow.

Relevant Statutory Provision

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1

715.1 In any proceeding relating to an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape.

magnétoscopique de sa déclaration. La plaignante a dit que c'était bien elle qu'on voyait sur la bande, et elle a confirmé qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que celles-ci étaient vraies. Le juge du procès a statué que la plaignante avait confirmé la déclaration enregistrée et a admis cette déclaration en preuve conformément à l'art. 715.1 du *Code*. Au cours du contre-interrogatoire, la plaignante a fait des déclarations contredisant en partie celles enregistrées sur la bande magnétoscopique. Par exemple, elle a témoigné que l'intimé portait un pantalon et une chemise au lit et qu'elle ne pouvait pas dire si celui-ci était éveillé ou endormi lorsqu'il l'a touchée.

Le juge Lane, de la Cour de l'Ontario (Division provinciale) a déclaré l'intimé coupable et l'a condamné à 15 mois de prison. La Cour d'appel de l'Ontario (1996), 88 O.A.C. 397, a infirmé cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès, à la discrétion du ministère public. Le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1996] 3 R.C.S. xii.

Dans le présent pourvoi, au terme de l'argumentation orale, l'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé et la décision du juge Lane déclarant l'intimé C.C.F. coupable a été rétablie. La Cour a annoncé que ses motifs suivraient.

La disposition législative pertinente

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1

715.1 Dans des poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et qui aurait été commise à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

6

7

8

Judgments Below*Ontario Court (Provincial Division)*

9 Lane J. noted that the requirements of s. 715.1 had been met and that the videotaped statement was properly admitted. Next, she considered the appropriate weight to be given to the videotape. She carefully noted that the motive of the child to falsify and the nature of questions posed during the videotaped interview must be considered. Nonetheless she placed considerable weight on the videotape. With respect to the essential elements of the offence recounted in it, she was satisfied that the complainant told her story in a spontaneous manner in response to "open-ended" questions. The only question that appeared to be leading was whether the respondent had touched his own genitals after touching the complainant. Lane J. refused to make a finding of fact in that regard. However, she found that the essential facts of what occurred had been set out in the videotape and apart from certain inconsistencies of "peripheral detail", those facts were consistent with the complainant's testimony at trial.

10 With respect to the testimony S.D. gave under cross-examination, that the respondent could have been asleep when he touched her, Lane J. observed that S.D. was very tired and yawning when she gave this evidence, which was at the end of a very long and skilful cross-examination. Nevertheless, when asked if the respondent could have touched her by accident, the complainant was adamant that he had not. Lane J. also accepted the complainant's statement on the video with respect to the clothes the respondent was wearing. The trial judge stated that she did not have concerns about the inconsistencies which related to peripheral detail and concluded that the videotape should be given considerable weight.

11 Lane J. remarked that S.D.'s *viva voce* testimony at trial strongly reinforced the essence of the

Les décisions des juridictions inférieures*Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

Le juge Lane a souligné que les exigences de l'art. 715.1 avaient été respectées et que l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration était régulièrement admis en preuve. Ensuite, elle a apprécié le poids qui devait être accordé à cet enregistrement. Elle a soigneusement indiqué qu'il fallait prendre en considération les motifs que pouvait avoir l'enfant de mentir ainsi que la nature des questions posées au cours de l'entrevue enregistrée. Elle a néanmoins accordé un poids considérable à l'enregistrement. Quant aux éléments essentiels de l'infraction qui y est relatée, elle était convaincue que la plaignante avait raconté l'incident d'une manière spontanée en réponse à des questions à réponses libres. La seule question qui paraissait suggestive était celle de savoir si l'intimé avait touché ses propres organes génitaux après avoir touché la plaignante. Le juge Lane a refusé de tirer une conclusion de fait à cet égard. Toutefois, elle a conclu que les faits essentiels de ce qui s'était passé avaient été énoncés dans l'enregistrement magnétoscopique et que, à part certaines incohérences sur des [TRADUCTION] «détails secondaires», ces faits concordaient avec le témoignage de la plaignante au procès.

En ce qui a trait à la déclaration de S.D. en contre-interrogatoire selon laquelle l'intimé aurait pu être endormi lorsqu'il l'a touchée, le juge Lane a fait observer que S.D. était très fatiguée et bâillait lorsqu'elle a fait cette déclaration, à la fin d'un contre-interrogatoire très long et très habile. Néanmoins, lorsqu'on lui a demandé s'il était possible que l'intimé ait pu la toucher par accident, la plaignante a répondu catégoriquement que non. Le juge Lane a aussi retenu la déclaration faite par la plaignante, sur la bande magnétoscopique, relativement aux vêtements que portait l'intimé. Le juge du procès a affirmé qu'elle n'était pas inquiète à propos des incohérences, qui portaient sur des détails secondaires, et elle a conclu qu'il fallait accorder un poids considérable à l'enregistrement.

Le juge Lane a souligné que le témoignage rendu de vive voix au procès par S.D. renforçait

offence as it had been described initially on the videotape and that she was satisfied beyond a reasonable doubt as to the essence of the complaint. She found that the testimony of S.D. was completely consistent in the essential details of the incident and that consistency remained notwithstanding a very skilled and lengthy cross-examination.

She found the respondent guilty and sentenced him to 15 months in custody.

Ontario Court of Appeal

In a brief endorsement, the Court of Appeal found that the trial judge's failure to conduct a *voir dire* did not have any effect upon the trial or its resolution. The court rejected the suggestion that s. 715.1 must be read as requiring that the police should not interview the witness before videotaping. Although the nature of the interview may be examined on a *voir dire* to ensure fairness to the accused, it would be unreasonable to interpret s. 715.1 as requiring that the witness had never been questioned before the statement was videotaped.

Respecting the videotaped evidence, the court found that the differences between what the complainant said on the tape and what she testified to at trial were material. The court held that the videotaped evidence that was later disavowed could not be considered as having been adopted under s. 715.1. Although the trial judge could have made a finding of guilt based on the sworn testimony, despite the inconsistencies with the videotape, she erred in finding the respondent guilty on the basis of the videotape, including those portions of the tape that were contradicted at trial. The contradicted evidence became inadmissible under s. 715.1 when it was disavowed in cross-examination and, therefore, could not form the basis for the reasons leading to conviction.

grandement l'essence de l'infraction décrite initialement dans l'enregistrement magnétoscopique et qu'elle était convaincue hors de tout doute raisonnable quant à l'essence de la plainte. Elle a conclu que le témoignage de S.D. était tout à fait cohérent sur les détails essentiels de l'incident, et que cette cohérence n'avait pas été altérée en dépit d'un contre-interrogatoire très long et très habile.

Elle a déclaré l'intimé coupable et l'a condamné à 15 mois de prison.

Cour d'appel de l'Ontario

Dans un bref jugement manuscrit, la Cour d'appel a conclu que l'omission du juge du procès de tenir un *voir-dire* n'avait eu aucun effet sur le procès ou son issue. La cour a rejeté l'argument que l'art. 715.1 a pour effet d'exiger que les policiers n'interrogent pas le témoin avant d'enregistrer sa déclaration sur bande magnétoscopique. Bien que la nature de l'interrogatoire puisse être examinée à l'occasion d'un *voir-dire*, par mesure d'équité envers l'accusé, il serait déraisonnable de considérer que l'art. 715.1 exige que le témoin n'ait jamais été interrogé avant l'enregistrement magnétoscopique de sa déclaration.

Pour ce qui est du témoignage enregistré sur la bande magnétoscopique, la cour a conclu que les différences entre ce que la plaignante avait dit lors de l'enregistrement et sa déposition au procès étaient importantes. La cour a statué que le témoignage enregistré sur bande magnétoscopique, qui a ultérieurement été désavoué, ne pouvait pas être considéré comme ayant été confirmé en sens de l'art. 715.1. Bien que le juge du procès eût pu conclure à la culpabilité en se fondant sur le témoignage sous serment, en dépit des incohérences avec l'enregistrement magnétoscopique, elle avait commis une erreur en concluant à la culpabilité de l'intimé sur la foi de l'enregistrement, y compris les parties de cet enregistrement qui avaient été contredites au procès. Le témoignage contredit a cessé d'être admissible au sens de l'art. 715.1 lorsqu'il a été désavoué en contre-interrogatoire et, par conséquent, il ne pouvait servir de fondement aux motifs aboutissant à la déclaration de culpabilité.

12

13

14

15 The conviction was set aside and a new trial was directed, at the discretion of the Crown.

La déclaration de culpabilité a été annulée et un nouveau procès a été ordonné, à la discrétion du ministère public.

Issues

- 16
- (1) What are the requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1?
 - (2) What effect does an inconsistency between the child's *viva voce* evidence and his or her videotaped statement have?
 - (3) Should a *voir dire* have been held with respect to the admissibility of the complainant's videotaped statement?

Les questions en litige

- (1) Quelles sont les conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1?
- (2) Quel est l'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique?
- (3) Un *voir-dire* aurait-il dû être tenu quant à l'admissibilité de la déclaration de la plaignante enregistrée sur bande magnétoscopique?

Analysis

The Admissibility of a Videotaped Statement Under s. 715.1

17 Section 715.1 is a statutory exception to the rule that hearsay is inadmissible. It permits an out-of-court statement to be admitted for the truth of its contents, provided that certain conditions are met. Specifically, the complainant must be under 18 years of age, the offence must be one of an enumerated list of offences (predominantly sexual offences), the video must have been made within a reasonable time following the alleged offence, the complainant must describe the acts complained of and, while testifying, adopt the contents of the videotape.

(i) The Purpose of s. 715.1

18 The interpretation of legislation will always be facilitated by a consideration of its aim or goal. In the case of *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, the constitutional validity of s. 715.1 was considered. The section was unanimously held to be constitutionally valid. Chief Justice Lamer, writing for six members of the Court, made this comment upon the aim and purpose of the section at p. 429:

By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes partici-

L'analyse

L'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1

L'article 715.1 est une exception législative à la règle de l'inadmissibilité du oui-dire. Il permet, à certaines conditions, qu'une déclaration extrajudiciaire soit admise en preuve pour établir la véracité de son contenu. Plus précisément, le plaignant doit avoir moins de 18 ans; l'infraction doit faire partie de celles qui y sont énumérées (surtout des infractions à caractère sexuel); l'enregistrement magnétoscopique doit avoir été réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée; le plaignant doit y décrire les faits à l'origine de l'accusation; le plaignant doit confirmer dans son témoignage le contenu de l'enregistrement magnétoscopique.

(i) L'objet de l'art. 715.1

L'interprétation d'une loi est toujours facilitée par la prise en considération de son objet. Dans l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, notre Cour a examiné la validité constitutionnelle de l'art. 715.1 et a statué à l'unanimité que cet article est valide. S'exprimant au nom de six juges de la Cour, le juge en chef Lamer a fait le commentaire suivant quant à l'objet de cet article, à la p. 429:

En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non

pation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

It will be self-evident to every observant parent and to all who have worked closely with young people that children, even more than adults, will have a better recollection of events shortly after they occurred than they will some weeks, months or years later. The younger the child, the more pronounced will this be. Indeed to state this simply expresses the observations of most Canadians. It is a common experience that anyone, and particularly children, will have a better recollection of events closer to their occurrence than he or she will later on. (See, e.g., Rhona Flin and J. R. Spencer, "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189, at p. 190.) It follows that the videotape which is made within a reasonable time after the alleged offence and which describes the act will almost inevitably reflect a more accurate recollection of events than will testimony given later at trial. Thus the section enhances the ability of a court to find the truth by preserving a very recent recollection of the event in question.

There is another aspect of the section that cannot be ignored. Any kind of assault on a child may be traumatic. Assaults of a sexual nature are still more likely to have a serious deleterious effect. This traumatic effect will be greater still when the perpetrator is a parent, guardian or person in authority. Recalling the events will be extremely difficult for every child and the more sensitive the young person, the greater will be the difficulty experienced. It follows that anything that can be done to ease the traumatic effect upon a child should be encouraged. Thus a record of events made in more informal and less forbidding surroundings than a

seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

Il est évident aux yeux de tout parent observateur et de toute personne qui travaille auprès des jeunes que les enfants, encore plus que les adultes, ont un meilleur souvenir d'un événement peu de temps après qu'il se soit produit que ce n'est le cas lorsqu'il s'est écoulé des semaines, des mois voire des années. D'ailleurs, plus l'enfant est jeune, plus cette différence sera marquée. De fait, cette observation ne fait qu'exprimer ce que la plupart des Canadiens sont à même de constater. Il est notoire que les gens, et plus particulièrement les enfants, ont un meilleur souvenir d'un événement peu de temps après celui-ci qu'à mesure que le temps passe. (Voir, par exemple, Rhona Flin et J. R. Spencer, «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189, à la p. 190.) Il s'ensuit qu'un enregistrement magnétoscopique décrivant l'acte, réalisé dans un délai raisonnable après l'infraction reprochée et décrivant les faits à l'origine de l'accusation, reflétera presque inévitablement un souvenir plus précis des événements que ne le fera le témoignage ultérieur au procès. Par conséquent, cet article accroît la capacité du tribunal de découvrir la vérité en préservant un souvenir très frais de l'événement en question.

Il y a un autre aspect de cet article qui ne saurait être passé sous silence. Toute forme de voies de fait commise contre un enfant est susceptible de le traumatiser. Les voies de fait d'ordre sexuel risquent encore plus d'avoir des effets nocifs. Le traumatisme sera encore plus grand lorsque l'auteur de l'infraction est le père, la mère, un tuteur ou une autre personne en situation d'autorité. Le souvenir des événements sera extrêmement pénible pour tout enfant et, plus la jeune personne est sensible, plus grandes seront les difficultés qu'elle éprouvera. Il s'ensuit qu'il faut encourager toute mesure qui peut être prise pour atténuer l'effet traumatisant pour l'enfant. Par conséquent, le fait de recueillir une description des événements dans un environnement plus informel et moins sévère qu'une salle d'audience permettra de réduire le ris-

courtroom will serve to reduce the likelihood of inflicting further injury upon the child witness.

- 21 It can thus be seen that the primary goal of the section is to create a record of what is probably the best recollection of the event that will be of inestimable assistance in ascertaining the truth. The video record may indeed be the only means of presenting a child's evidence. For example, a child assaulted at the age of three or four years may have very little real recollection of the events a year or two later when the child is attempting to testify at trial. Justice L'Heureux-Dubé in her minority reasons in *L. (D.O.)*, *supra*, noted the fundamental importance of having the videotape before the court. At p. 450 she stated:

Section 715.1 ensures that the child's story will be brought before the court regardless of whether the young victim is able to accomplish this unenviable task.

- 22 The important subsidiary aim of the section is to prevent or reduce materially the likelihood of inflicting further injury upon a child as a result of participating in court proceedings. This will be accomplished by reducing the number of interviews that the child must undergo and thereby diminish the stress occasioned a child by repeated questioning on a painful incident. Further, the videotaping will take place in surroundings that are less overwhelming for a child than the courtroom.

- 23 Numerous Canadian academic writers have noted and stressed the goals of s. 715.1. For instance, Professor Bala stated, in Nicholas Bala and Hilary McCormack, "Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.)* and *Levogiannis*" (1994), 25 C.R. (4th) 341, at p. 343:

One of the main purposes of this provision is to ensure that the courts have access to the best description possible of the events, as a child is more likely to have an

que de préjudice supplémentaire pour l'enfant témoin.

On peut donc constater que le but premier de l'article est de permettre de recueillir un compte rendu qui est probablement le meilleur souvenir de l'événement et qui sera d'une aide inestimable dans la recherche de la vérité. De fait, il est possible que ce compte rendu vidéo soit le seul moyen de présenter le témoignage de l'enfant. Par exemple, un enfant qui aurait été agressé à l'âge de trois ou quatre ans peut très bien n'avoir conservé que très peu de souvenirs concrets des événements un an ou deux plus tard, lorsqu'il tente de témoigner au procès. Dans les motifs minoritaires qu'elle a exposés dans *L. (D.O.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé, a souligné l'importance fondamentale que l'enregistrement magnétoscopique soit déposé devant la cour. À la page 450, elle a déclaré ceci:

L'article 715.1 fait en sorte que le récit de l'enfant soit porté à la connaissance de la cour, indépendamment de la capacité de la jeune victime à accomplir cette pénible tâche.

L'article a aussi un objectif subsidiaire important, soit celui de prévenir ou de réduire considérablement le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant par suite de sa participation aux procédures judiciaires. Cet objectif sera atteint en réduisant le nombre d'interrogatoires auxquels l'enfant doit se soumettre et, par conséquent, en diminuant le stress qui lui est infligé par des interrogatoires successifs sur un incident douloureux. Qui plus est, l'enregistrement magnétoscopique se fera dans un environnement moins intimidant pour l'enfant qu'une salle d'audience.

De nombreux universitaires canadiens ont souligné l'importance des objectifs visés par l'art. 715.1. Par exemple, dans Nicholas Bala et Hilary McCormack, «Accommodating the Criminal Process to Child Witnesses: *L. (D.O.)* and *Levogiannis*» (1994), 25 C.R. (4th) 341, à la p. 343, le professeur Bala a affirmé ceci:

[TRADUCTION] L'un des objectifs principaux de cette disposition est de faire en sorte que les tribunaux disposent de la description la plus fidèle possible des événe-

accurate and complete memory of the events when the videotape is made, than several months later at the time of trial. Children are also more likely to fully remember and relate often painful memories in a relatively relaxed interview than in the strange, stressful, and formal court environment.

This was the same approach which had been taken before s. 715.1 came into force. During the second reading of Bill C-15, An Act to Amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act, the Hon. Bob Kaplan indicated that one of the purposes of s. 715.1 would be to capture the child's story at a time when it is fresh in her mind. He stated at p. 1040:

... videotaping a complainant at a time closer to the incident will reflect more accurately the vocabulary and life experience of a child. The evidence a child gives in court will be much different four or five years later because of the evolution of the child, because of his or her greater understanding of the sexual behaviour of adults and because of his or her own sexuality. That in itself is an argument for admitting a videotape. . . .

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 33rd Parl., vol. I, 1986, November 4, 1986.)

With a view to achieving the same goals as those sought by the Canadian legislators many jurisdictions in the United States have enacted statutes making videotaped interviews with children admissible in criminal proceedings. It is usually a precondition for admissibility that the child be available for cross-examination at trial. This is often effected by means of a live video-link. Some schemes provide for a "video deposition" when the child is unavailable to give evidence at trial. In this type of legislation, the videorecording is made outside the courtroom in the presence of counsel and the defendant. The defendant is given an opportunity to cross-examine the child at that time. The video is then admitted at trial in lieu of the testimony of the child. However, several states

ments, étant donné qu'un enfant est davantage susceptible d'avoir un souvenir plus précis et plus complet des événements au moment où l'enregistrement magnétoscopique est réalisé, qu'au procès plusieurs mois plus tard. Il y a davantage de chances que les enfants se rappellent complètement et relatent en entier des souvenirs souvent douloureux dans le cadre d'un interrogatoire mené dans une atmosphère relativement détendue plutôt que dans le contexte inhabituel, stressant et sévère du tribunal.

Il s'agit là aussi de l'approche qui avait été retenue avant l'entrée en vigueur de l'art. 715.1. Durant la deuxième lecture du projet de loi C-15, Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada, l'honorable Bob Kaplan a indiqué que l'art. 715.1 avait notamment pour objectif de permettre de recueillir le récit de l'enfant à un moment où les événements sont encore frais à son esprit. Il a déclaré ce qui suit, à la p. 1040:

[TRADUCTION] ... l'enregistrement magnétoscopique du témoignage du plaignant peu après l'incident rendra compte plus fidèlement du vocabulaire et de la maturité d'un enfant. Il ne faut pas oublier que ce témoignage sera fort différent dans quatre ou cinq ans parce que cet enfant aura vieilli et qu'il comprendra mieux, et le comportement sexuel adulte et sa propre sexualité. Cet argument a suffisamment de poids, en soi, pour justifier l'admissibilité des bandes magnétoscopiques . . .

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 33^e lég., vol. I, 1986, 4 novembre 1986.)

Dans la poursuite des mêmes objectifs que ceux visés par les législateurs canadiens, de nombreux États américains ont édicté des lois rendant admissibles dans les procédures pénales l'enregistrement magnétoscopique d'entrevues réalisées avec des enfants. Habituellement, l'admissibilité de l'enregistrement est subordonnée à la condition que l'enfant soit disponible pour être contre-interrogé au procès. Cette disponibilité est souvent assurée par liaison vidéo. Certains régimes législatifs permettent le recours à la «déposition vidéo» lorsque l'enfant n'est pas disponible pour témoigner au procès. Dans le cadre de ces régimes, l'enregistrement magnétoscopique est réalisé à l'extérieur de la salle d'audience, en présence des avocats et du défendeur. Ce dernier a alors la possibilité de con-

24

25

permit the child to be called as a witness at trial despite the admission of the videotape.

26 Legislation of this type was first enacted in Montana in 1977 with the stated aim of reducing the trauma that young victims of sexual abuse face when thrust into the criminal justice system (Mike McGrath and Carolyn Clemens, "The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases" (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229, at p. 230). By 1994, 37 states allowed videotaped testimony by children in child abuse cases, and 30 states permitted children who were allegedly victims of abuse to testify by means of one-way or two-way closed circuit television. See Diana B. Lathi, "Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases" (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507, at p. 531 (f.n. 126).

27 Many of these statutes have been challenged by defendants as violating their constitutional right to confront their accusers guaranteed by the Sixth Amendment. However, most courts have upheld these innovations because of the significant emotional distress that face-to-face confrontation can cause children which in turn affects their ability to testify and thus impairs the truth-seeking process. See Lathi, *supra*, at p. 531.

28 The reasons advanced in the U.S. Courts to support the use of videotaped statements are reflected in those advanced by Canadian courts and academic writers. First, videotaping may reduce the number of pretrial interviews required of the child. Second, videotaping the statements lessens the chance of inflicting further harm on the child by, at least, lessening the stress at trial. Third, videotap-

tre-interroger l'enfant. L'enregistrement est ensuite admis en preuve au procès à la place du témoignage de l'enfant. Cependant, plusieurs États permettent que l'enfant soit assigné comme témoin au procès malgré l'admission en preuve de l'enregistrement magnétoscopique.

La première mesure législative de ce type a été édictée au Montana en 1977, dans le but déclaré d'atténuer les traumatismes auxquels sont soumis les jeunes victimes d'exploitation sexuelle au cours de leur passage dans le système de justice pénale (Mike McGrath et Carolyn Clemens, «The Child Victim as a Witness in Sexual Abuse Cases» (1985), 46 *Mont. L. Rev.* 229, à la p. 230). En 1994, 37 États autorisaient le témoignage d'enfants par enregistrement magnétoscopique dans les cas d'exploitation sexuelle d'enfants, et 30 États permettaient aux enfants dont on alléguait qu'ils avaient été victimes d'exploitation de témoigner par l'entremise d'un système de télévision en circuit fermé unidirectionnelle ou bidirectionnelle. Voir Diana B. Lathi, «Sex Abuse, Accusations of Lies, and Videotaped Testimony: A Proposal for a Federal Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases» (1997), 68 *U. Colo. L. Rev.* 507, à la p. 531 (note 126).

La validité d'un grand nombre de ces lois a été contestée par des défenseurs pour le motif qu'elles violaient le droit constitutionnel que leur garantit le Sixième amendement, soit celui de confronter leurs accusateurs. Toutefois, dans la plupart des cas, les tribunaux ont confirmé la validité de ces mesures nouvelles en raison de la détresse émotionnelle considérable que ces confrontations directes peuvent causer aux enfants, détresse qui à son tour affecte leur capacité de témoigner et, par conséquent, entrave le processus de recherche de la vérité. Voir Lathi, *loc. cit.*, à la p. 531.

Les motifs avancés devant les tribunaux des États-Unis pour étayer l'utilisation de déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique se reflètent dans ceux avancés au Canada par les tribunaux et les auteurs universitaires. Premièrement, l'enregistrement magnétoscopique des déclarations peut réduire le nombre d'interrogatoires préalables auxquels l'enfant pourrait avoir à se soumettre avant le

ing may increase the accuracy of the testimony since the child may feel more comfortable and be more forthcoming in the atmosphere in which the video is recorded. Fourth, the admission of a videotape may prompt a guilty plea by the defendant and eliminate entirely the need for the child to appear as a witness in court. Finally, videotaping preserves an early account of the alleged events including the gestures and facial expressions accompanying the child's initial statement (Nancy Walker Perry and Bradley D. McAuliff, "The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications" (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387). As the authors state, at p. 420:

The standard courtroom setting is particularly likely to induce trauma among child witnesses; it also is likely to impair their communicative abilities. Under such circumstances, the truth-seeking function of the court may be vitiated if videotaped testimony is not allowed in cases involving child witnesses.

The experience in the United States emphasizes and confirms the two primary purposes of s. 715.1. First, it enhances the fundamental truth-seeking role of the courts. Second, it reduces the likelihood of inflicting further injury on a child as a result of involvement in the criminal process. With those goals in mind, what is the appropriate test for determining whether a young person has adopted the videotaped statement.

(ii) The Test for Adoption

Section 715.1 provides that a videotaped statement is admissible in evidence if the complainant "adopts the contents of the videotape" while testi-

procès. Deuxièmement, l'enregistrement des déclarations atténue le risque de préjudice supplémentaire à l'enfant, à tout le moins en diminuant le stress au procès. Troisièmement, l'enregistrement magnétoscopique des déclarations peut accroître la fidélité du témoignage, étant donné que l'enfant est susceptible de se sentir plus à l'aise et d'être plus ouvert dans le cadre dans lequel l'enregistrement est réalisé. Quatrièmement, l'admission en preuve de l'enregistrement peut avoir pour effet d'inciter le défendeur à plaider coupable et ainsi éliminer complètement le besoin de faire témoigner l'enfant en cour. Finalement, l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration permet de conserver un récit des événements allégués, qui est recueilli tôt après les faits et qui montre également les gestes et les expressions du visage de l'enfant pendant qu'il fait cette déclaration initiale (Nancy Walker Perry et Bradley D. McAuliff, «The Use of Videotaped Child Testimony: Public Policy Implications» (1993), 7 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y* 387). Comme l'affirment ces auteurs, à la p. 420:

[TRADUCTION] L'environnement habituel des salles d'audience est particulièrement susceptible de causer un traumatisme aux enfants témoins; cet environnement est également susceptible de diminuer leur capacité de communiquer. Dans de telles circonstances, le fait de ne pas autoriser l'utilisation de dépositions enregistrées sur bande magnétoscopique dans les affaires où des enfants sont des témoins pourrait nuire aux tribunaux dans la recherche de la vérité.

Aux États-Unis, l'expérience souligne et confirme les deux objectifs principaux de l'art. 715.1. Premièrement, cette disposition aide les tribunaux dans leur rôle fondamental de recherche de la vérité. Deuxièmement, elle réduit le risque que les enfants subissent un préjudice supplémentaire par suite de leur participation au processus pénal. En gardant ces objectifs à l'esprit, il faut se demander quel est le critère approprié pour décider si un enfant a confirmé la déclaration enregistrée.

(ii) Le critère de confirmation

Aux termes de l'art. 715.1, l'enregistrement magnétoscopique d'une déclaration est admissible en preuve si le plaignant «confirme [...] le con-

fyng. What meaning should be attributed to that phrase?

31

The law of evidence has developed rough guidelines for determining whether a witness has adopted a prior inconsistent statement. Originally, prior inconsistent statements were admissible solely for attacking a witness' credibility, even in circumstances where the witness adopted it as true. However, over time, the rule has been broadened. If the witness admitted the prior statement was true, it was considered to have been adopted and would be admissible for the truth of its contents (*Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531). Initially, the conditions that had to exist before a witness could "adopt" a prior inconsistent statement were not considered by the courts. Instead, judges relied upon their assessment of the witness' demeanor and reaction upon being confronted with a prior statement to determine whether the witness adopted it as true.

32

However, in *R. v. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701 (C.A.), it was held that adoption occurs when the witness admits the truth of the statement under oath. This was the approach taken by Estey J. in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. He found, at p. 608, that the question to be resolved was whether the witness had "adopted it in the witness box as being the truth as she now sees it". In *R. v. Smith* (1985), 66 A.R. 195, the Alberta Court of Appeal held that a previous inconsistent statement is adopted if the witness accepts it as being true at the moment she is testifying. Lieberman J.A. stated that it was insufficient for the witness to affirm that when she gave the statement she was being candid. The Ontario Court of Appeal applied a similar approach to the adoption of prior inconsistent statements in *R. v. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357, at p. 364:

The jury had to understand that before they could find that the witness had adopted the statement and that they could use what was said in the statement as proof of the

tenu de l'enregistrement» dans son témoignage. Quel sens faut-il donner à cette expression?

Il s'est établi, en droit de la preuve, des lignes directrices générales permettant de décider si un témoin a confirmé une déclaration antérieure incompatible. À l'origine, les déclarations antérieures incompatibles n'étaient admises en preuve que pour attaquer la crédibilité du témoin, même dans les cas où ce témoin en confirmait la véracité. Cependant, avec le temps, la règle a été élargie. Si le témoin admettait la véracité de la déclaration antérieure, on considérait que celle-ci avait été confirmée et elle devenait admissible pour établir la véracité de son contenu (*Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531). Initialement, les tribunaux ne se sont pas interrogés sur les conditions qui devaient exister pour qu'un témoin puisse «confirmer» une déclaration antérieure incompatible. Au lieu de cela, les juges s'en remettaient à leur appréciation du comportement du témoin et de sa réaction lorsqu'il était confronté à une déclaration antérieure pour décider si le témoin en confirmait la véracité.

Cependant, dans *R. c. Antoine*, [1949] 1 W.W.R. 701 (C.A.), il a été jugé qu'il y a confirmation lorsque le témoin admet sous serment la véracité de la déclaration. C'est l'approche qu'a adoptée le juge Estey dans *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. Il a conclu, à la p. 608, que la question qu'il fallait trancher était de savoir si le témoin avait «reconn[u] [la déclaration] [. . .], lors de sa déposition, comme la vérité telle qu'[il] la voit à présent». Dans *R. c. Smith* (1985), 66 A.R. 195, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'une déclaration antérieure incompatible est confirmée si le témoin en admet la véracité lorsqu'il dépose. Le juge Lieberman a affirmé qu'il ne suffisait pas que le témoin affirme qu'il était sincère lorsqu'il a fait la déclaration. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué une approche similaire quant à la confirmation de déclarations incompatibles antérieures dans *R. c. Atikian* (1990), 62 C.C.C. (3d) 357, à la p. 364:

[TRADUCTION] Les jurés devaient comprendre que, avant qu'ils puissent conclure que le témoin avait confirmé la déclaration qu'elle avait faite et qu'ils puissent considé-

truth of the facts stated in it, they had to be satisfied that she acknowledged that she made the statement and that it was true, or, of course, that she made part of the statement and that that part of it was true. And so, she adopted it as part of her testimony under oath at the trial.

In the context of prior inconsistent statements the term “adoption” is used to distinguish between the situation presented by a witness who admits making a prior inconsistent statement but not its truth and that of a witness admitting not only that the prior statement was made but also that it is true. It is only in the latter case that the statement is “adopted” and admissible for the truth of its contents. The question remains whether the test for adopting a prior inconsistent statement should be applied to the videotaped statement contemplated by s. 715.1.

Black's Law Dictionary (6th ed. 1990), defines “adopt” as follows:

To accept, appropriate, choose, or select. To make that one's own (property or act) which was not so originally.

Obviously the term “adoption” is capable of several meanings. However, in the context of s. 715.1 the proper interpretation should be one which accords with its aim and purpose. At this point it must be observed that the French version of the *Code* uses in lieu of the word “adopts” the word “confirme” which may not have precisely the same meaning as “adopts”. Nonetheless the word “confirme” in s. 715.1 must be given the same meaning as that attributed to “adopts” in these reasons. It is the meaning which best reflects the purpose of the section.

The Alberta and Ontario Courts of Appeal have taken different approaches to the adoption of videotaped evidence. In *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, the Alberta Court of Appeal found that a witness “adopted” her statement within the meaning of s. 715.1 when she recalled giving the statement and testified that she was then

rer que cette déclaration faisait la preuve des faits y contenus, ils devaient être convaincus que le témoin avait reconnu avoir fait cette déclaration et qu'elle était vraie, ou, évidemment, qu'elle était l'auteur d'une partie de la déclaration et que cette partie était vraie. Et que, de ce fait, elle a confirmé cette déclaration dans le cadre de son témoignage sous serment au procès.

Dans le contexte des déclarations antérieures incompatibles, le terme «confirmation» est utilisé pour établir une distinction entre le cas du témoin qui admet avoir fait une déclaration antérieure incompatible, mais non la véracité de cette déclaration, et celui du témoin qui admet non seulement avoir fait la déclaration antérieure mais affirme aussi qu'elle est vraie. Ce n'est que dans ce dernier cas que la déclaration est «confirmée» et admissible en preuve pour établir la véracité de son contenu. Il reste à se demander si le critère de confirmation des déclarations antérieures incompatibles devrait être appliqué à l'égard des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées par l'art. 715.1.

The Black's Law Dictionary (6^e éd. 1990), définit «adopt» de la façon suivante:

[TRADUCTION] Accepter, s'approprier ou choisir. Faire sien ce qui ne l'était pas (un bien ou un acte).

De toute évidence, le mot «confirmation» peut avoir plusieurs sens. Toutefois, dans le contexte de l'art. 715.1, l'interprétation qui doit être donnée à ce mot est celle qui est compatible avec l'objet de l'article. À ce stade-ci, il convient de souligner que, dans le *Code*, le mot anglais «adopts» est rendu par le mot «confirme», qui n'a peut-être pas exactement le même sens. Néanmoins, il faut donner au mot «confirme» à l'art. 715.1 le même sens que celui attribué au mot «adopts» dans les présents motifs. C'est ce sens qui reflète le mieux l'objet de l'article.

Les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario ont retenu des approches différentes quant à la confirmation de témoignages enregistrés sur bande magnétoscopique. Dans *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu qu'un témoin avait «confirmé» («adopted») sa déclaration au sens de l'art. 715.1 lorsqu'elle

33

34

35

36

attempting to be honest and truthful. It was held that the complainant need not have a present recollection of the events discussed. The decision approved the use of the videotape as evidence of the events described, even if the complainant is unable to recall the events discussed in the tape which formed the basis for the charge.

avait dit qu'elle se rappelait avoir fait cette déclaration et qu'elle s'était alors efforcée d'être honnête et de dire la vérité. La cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire que la plaignante ait un souvenir contemporain des événements discutés sur la bande. Cet arrêt a approuvé l'utilisation de l'enregistrement magnétoscopique comme preuve des événements décrits, même si le plaignant est incapable de se souvenir des événements qui sont discutés sur la bande et qui constituent le fondement de l'accusation.

37

In *Meddoui*, it was found that s. 715.1 modified the rule concerning past recollection recorded which required that the witness have no present memory of the events described in the record before it could be admitted for the truth of its contents. This rule was developed to prevent the admission of prior consistent statements which were deemed irrelevant. Section 715.1 was found to be an exception to the rule. Further it was recognized that a very early account can be of more probative value than present testimony, particularly if the present memory is faulty or it is difficult for the witness to articulate it in court. It was held that a present assurance of past honesty would be a sufficient indication of trustworthiness to warrant the admission of the statement.

Dans *Meddoui*, la cour a conclu que l'art. 715.1 modifie la règle concernant les souvenirs transcrits, ou consignés d'une autre façon, qui exigeait que le témoin n'ait aucun souvenir contemporain des événements décrits dans le document les rapportant avant que ce document puisse être admis en preuve pour établir la véracité de son contenu. Cette règle a été établie afin d'empêcher l'admission en preuve de déclarations antérieures compatibles jugées non pertinentes. La cour a conclu que l'art. 715.1 constituait une exception à cette règle. Elle a en outre reconnu qu'un compte rendu recueilli très tôt après les événements pouvait être d'une plus grande valeur probante que le témoignage donné au procès, particulièrement lorsque la mémoire contemporaine du témoin lui fait défaut ou qu'il a de la difficulté à exprimer ses souvenirs à la cour. La cour a statué qu'une assurance contemporaine de l'honnêteté passée serait une indication suffisante de fiabilité justifiant l'admission en preuve de la déclaration.

38

In *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, the Ontario Court of Appeal rejected the *Meddoui* interpretation of "adopts" in favour of a narrower one. It was held that in order to adopt the contents of a videotaped statement, the child complainant must be able, based on a present memory of the events referred to in the videotape, to verify the accuracy and contents of the statement. The child must not only acknowledge making the statement but also the truth of its contents. This interpretation of "adopts" was based upon the more traditional

Dans l'arrêt *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté, en faveur d'une interprétation plus restrictive, l'interprétation qui avait été donnée au mot «confirme» dans *Meddoui*. La cour a conclu que, pour confirmer le contenu d'un enregistrement magnétoscopique, l'enfant plaignant doit être capable, à partir de son souvenir contemporain des événements relatés dans l'enregistrement, d'attester l'exactitude et le contenu de sa déclaration. L'enfant doit non seulement reconnaître avoir fait la déclaration, mais il doit aussi en reconnaître la véracité. Cette interprétation de «confirme» était fondée sur l'approche

approach which had been used in the context of prior inconsistent statements.

Should the *Meddoui* decision or the *Toten* decision be applied in defining s. 715.1 or should portions of each form the basis for determining if there has been “adoption” of the videotaped statement?

In light of the clear aim and purpose of s. 715.1, I cannot accept the Ontario Court of Appeal position that the same meaning of adoption should be used in the context of the videotaped statements of a child as was applied to prior inconsistent statements. Adoption is not a term with a static legal meaning which must apply in all circumstances. The strict adoption test for prior inconsistent statements was necessary to ensure a reasonable degree of reliability before allowing the statements to be admitted for the truth of their contents. However, s. 715.1 has built-in guarantees of trustworthiness and reliability which eliminate the need for such a stringent requirement for adoption. Further, a lack of present memory or an inability to provide testimony at trial regarding the events referred to in the videotape as a result of the youthfulness and the emotional state of the complainant increases the need to consider the videotaped statement.

The test set out in *Toten* would prevent a child who has little, or no memory of the events from “adopting” the video and it would therefore be inadmissible under s. 715.1. However, it is precisely in this situation that the video is most needed. Children, particularly younger ones, are prone to forget details of an event with the passage of time. A videotape made shortly after the event is more likely to be accurate than the child’s *viva voce* testimony, given months later, at trial. It is quite possible that a young child will have a recollection of going to the police station and making the statement and of her attempt to be truthful at the time yet have no memory of the unpleasant events. This is particularly true where the elapsed

plus traditionnelle qui avait été utilisée à l’égard des déclarations antérieures incompatibles.

Est-ce *Meddoui* ou *Toten* qui doit être appliqué pour définir l’art. 715.1, ou est-ce que des parties de chacun de ces arrêts devraient être utilisées pour décider s’il y a eu «confirmation» de la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique?

Vu l’objet manifeste de l’art. 715.1, je ne peux accepter la position de la Cour d’appel de l’Ontario que la notion de confirmation utilisée dans le contexte de l’enregistrement magnétoscopique des déclarations d’enfants devrait être la même que celle qui était appliquée à l’égard des déclarations antérieures incompatibles. Le mot confirmation n’a pas, en droit, un sens fixe qui doit être appliqué en toutes circonstances. Le critère strict de confirmation appliqué aux déclarations antérieures incompatibles était nécessaire pour s’assurer que ces déclarations possédaient un degré raisonnable de fiabilité avant de les admettre pour établir la véracité de leur contenu. Cependant, l’art. 715.1 intègre des garanties de fidélité et de fiabilité qui éliminent la nécessité d’avoir recours à un critère de confirmation aussi rigoureux. En outre, le fait que, en raison du bas âge ou de l’état émotionnel du plaignant, celui-ci n’ait pas de souvenirs contemporains des événements relatés dans l’enregistrement magnétoscopique ou soit incapable de témoigner au procès au sujet de ceux-ci, accroît le besoin de prendre en considération la déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique.

Le critère établi dans *Toten* empêcherait un enfant qui n’a que peu ou pas de souvenirs des événements de «confirmer» l’enregistrement, qui serait donc inadmissible en vertu de l’art. 715.1. Or, c’est précisément dans cette situation que l’enregistrement est le plus nécessaire. Les enfants, particulièrement les plus jeunes, ont tendance à oublier les détails d’un événement avec le temps. Un enregistrement réalisé peu de temps après l’événement a plus de chance d’être fidèle que le témoignage présenté de vive voix au procès par l’enfant des mois après. Il est fort possible qu’un jeune enfant se souvienne d’être allé au poste de police, d’y avoir fait une déclaration et de s’être efforcé de dire la vérité à ce moment-là, et, pour-

39

40

41

time between the initial complaint and the date of trial is lengthy. If effect is to be given to the aims of s. 715.1 of enhancing the truth-seeking role of the courts by preserving an early account of the incident and of preventing further injury to vulnerable children as a result of their involvement in the criminal process, then the videotape should generally be admitted.

tant, qu'il n'ait aucun souvenir des événements désagréables. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il s'est écoulé beaucoup de temps entre la plainte initiale et le procès. Afin de permettre la réalisation des objectifs de l'art. 715.1, c'est-à-dire, d'une part, aider les tribunaux dans la recherche de la vérité en préservant un compte rendu recueilli peu de temps après l'incident, et, d'autre part, empêcher que des enfants vulnérables subissent un préjudice supplémentaire par suite de leur participation au processus pénal, l'enregistrement magnétoscopique devrait généralement être admis en preuve.

42 In *Toten*, it was suggested that the videotape would be useful in circumstances where a child has a memory of events but is unable to articulate them. In my view, this approach is too narrow. It fails to take into account the broader purposes of the legislation. Trial judges do not expect children to be perfectly articulate. They know that the examination-in-chief of a child will not precisely match the ideal narrative form of an adult's testimony. Indeed, the trial judge has the discretion to permit counsel to use leading questions on examination-in-chief in order to get the child's evidence before the trier of fact. Children are vulnerable victims and for a number of reasons their testimonial capacities may range from a complete inability to articulate recalled events to an ability to recount some but not all of the events. In any of these circumstances, the admission of a videotaped statement would assist a court in arriving at the truth. It would be inappropriate to construe the section as one which only addresses the "inarticulate complainant".

Dans *Toten*, il a été suggéré que l'enregistrement magnétoscopique serait utile dans les cas où l'enfant se rappelle des événements, mais est incapable de les exprimer. Selon moi, cette approche est trop étroite. Elle ne tient pas compte des objectifs plus vastes de la loi. Les juges qui président les procès ne s'attendent pas à ce que les enfants s'expriment parfaitement. Ils savent que l'interrogatoire principal d'un enfant ne correspondra pas de façon précise à la forme narrative idéale du témoignage d'un adulte. De fait, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les avocats à poser des questions suggestives au cours de l'interrogatoire principal afin de permettre au juge des faits d'obtenir le témoignage de l'enfant. Les enfants sont des victimes vulnérables et, pour diverses raisons, leur aptitude à témoigner peut aller de l'incapacité totale d'exprimer en mots les événements dont ils se souviennent à la capacité de raconter certains événements, mais pas tous. Dans l'une ou l'autre de ces situations, l'admission d'une déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique aiderait la cour à découvrir la vérité. Il ne conviendrait pas de considérer que l'article ne vise que les «plaignants incapables de s'exprimer».

43 Although I agree with much of the reasoning in *Meddoui* I cannot accept the suggestion put forward that when a witness has an independent present memory of the events the videotape adds nothing to the testimony. The admission of the videotaped statements made shortly after the events in issue may be of great assistance in augmenting a child's testimony at trial by the account

Bien que je sois d'accord avec une bonne partie du raisonnement énoncé dans *Meddoui*, je ne peux souscrire à la thèse qui a été avancée et selon laquelle, lorsqu'un témoin a un souvenir contemporain indépendant des événements, l'enregistrement magnétoscopique n'ajoute rien au témoignage. L'admission en preuve de déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique peu de

of events given in the statement when the incidents were fresh in the child's mind. In *Toten*, at p. 28, it was wisely observed that "[t]he prior statement, combined with the complainant's in-court evidence, may well afford a more complete version of the complainant's evidence."

I recognize that the *Meddoui* approach to "adoption" gives rise to another problem. Specifically, a witness who cannot remember the events cannot be effectively cross-examined on the contents of his or her statement, and therefore the reliability of his or her testimony cannot be tested in that way. However, it was recognized in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, that cross-examination is not the only guarantee of reliability. There are several factors present in s. 715.1 which provide the requisite reliability of the videotaped statement. They include: (a) the requirement that the statement be made within a reasonable time; (b) the trier of fact can watch the entire interview, which provides an opportunity to observe the demeanor, and assess the personality and intelligence of the child; (c) the requirement that the child attest that she was attempting to be truthful at the time that the statement was made. As well, the child can be cross-examined at trial as to whether he or she was actually being truthful when the statement was made. These *indicia* provide enough guarantees of reliability to compensate for the inability to cross-examine as to the forgotten events. Moreover, where the complainant has no independent memory of the events there is an obvious necessity for the videotaped evidence. In *Meddoui*, it was recommended that in such circumstances, the trier of fact should be given a special warning (similar to the one given in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811) of the dangers of

temps après les événements en cause peut être d'une grande aide en augmentant le témoignage de l'enfant au procès, du fait que le récit des événements décrits dans la déclaration a été fait lorsque les incidents étaient frais à la mémoire de l'enfant. Dans *Toten*, à la p. 28, on a avec justesse souligné que [TRADUCTION] «[l]a déclaration antérieure, conjuguée à la déposition du plaignant en cour, peut fort bien offrir une version plus complète du témoignage du plaignant».

Je reconnais que l'approche retenue dans *Meddoui* quant à la «confirmation» soulève un autre problème. Plus précisément, le témoin qui est incapable de se souvenir des événements ne peut pas vraiment être contre-interrogé sur le contenu de sa déclaration, et, par conséquent, la fiabilité de son témoignage ne peut pas être mise à l'épreuve de cette façon. Cependant, il a été reconnu dans *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, que le contre-interrogatoire n'est pas la seule garantie de fiabilité. L'article 715.1 comporte divers éléments qui assurent la fiabilité requise de la déclaration enregistrée sur la bande magnétoscopique. Il s'agit notamment du fait que: a) la déclaration doit avoir été faite dans un délai raisonnable; b) le juge des faits peut regarder toute l'entrevue, et qu'il a ainsi l'occasion d'observer le comportement de l'enfant et d'apprécier sa personnalité et son intelligence; c) l'enfant doit attester qu'il essayait de dire la vérité au moment où la déclaration a été faite. De même, on peut contre-interroger l'enfant au procès et lui demander s'il disait vraiment la vérité au moment où la déclaration a été faite. Ces éléments fournissent suffisamment de garanties de fiabilité pour compenser l'incapacité de contre-interroger sur les événements oubliés. Qui plus est, lorsque le plaignant n'a aucun souvenir indépendant des événements, la nécessité de l'enregistrement magnétoscopique est évidente. Dans *Meddoui*, on a recommandé que, dans de telles circonstances, on fasse une mise en garde spéciale au juge des faits (analogue à celle faite dans *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811) contre les risques que comporterait le fait de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi seulement de l'enregistrement magnétoscopique.

convicting based on the videotape alone. In my view, this was sage advice that should be followed.

The Effect of an Inconsistency Between the Child's Viva Voce Testimony and Her Videotaped Statement

45 The test of adoption should not be the final determination of reliability but rather a means of ascertaining whether the videotape meets the threshold degree of reliability required to admit it for the truth of its contents. The adoption of the videotape renders the evidence admissible pursuant to s. 715.1. Once the trial judge rules that the statement has been adopted, the video becomes the evidence of the events described as if the child were giving the statements on the videotape in open court (*L. (D.O.)*, *supra*, at p. 458). An adopted videotaped statement should, together with the *viva voce* evidence given at trial, comprise the whole of the evidence-in-chief of the complainant.

46 After the videotaped evidence has been admitted, any questions which arise concerning the circumstances in which the video was made, the veracity of the witness' statements, or the overall reliability of the evidence, will be matters for the trier of fact to consider in determining how much weight the videotaped statement should be given.

47 If, in the course of cross-examination, defence counsel elicits evidence which contradicts any part of the video, this does not render those parts inadmissible. Obviously a contradicted videotape may well be given less weight in the final determination of the issues. However, the fact that the video is contradicted in cross-examination does not necessarily mean that the video is wrong or unreliable. The trial judge may still conclude, as in this case, that the inconsistencies are insignificant and find the video more reliable than the evidence elicited

Selon moi, il s'agissait d'un sage conseil, qui devrait être suivi.

L'effet d'une incohérence entre le témoignage de vive voix de l'enfant et sa déclaration sur l'enregistrement magnétoscopique

Le critère de confirmation ne devrait pas constituer la décision finale sur la question de la fiabilité, mais plutôt être un moyen de s'assurer que l'enregistrement satisfait au degré de fiabilité requis pour être admis pour établir la véracité de son contenu. La confirmation de l'enregistrement rend cet élément de preuve admissible conformément à l'art. 715.1. Une fois que le juge du procès a statué que la déclaration a été confirmée, l'enregistrement devient un témoignage sur les événements qui y sont décrits comme si l'enfant faisait les déclarations contenues dans l'enregistrement en salle d'audience (*L. (D.O.)*, précité, à la p. 458). L'enregistrement ainsi confirmé devrait, avec le témoignage rendu de vive voix au procès, constituer l'ensemble du témoignage en interrogatoire principal présenté par le plaignant.

Une fois que l'enregistrement magnétoscopique a été admis en preuve, toute question qui se soulevé au sujet des circonstances dans lesquelles l'enregistrement a été fait, de la véracité des déclarations du témoin ou de la fiabilité globale de la preuve sera prise en considération par le juge des faits dans l'appréciation du poids qui doit être accordé à la déclaration enregistrée.

Si, dans le cours du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense arrache des déclarations qui contredisent une partie ou une autre de l'enregistrement magnétoscopique, cela ne rend pas ces parties inadmissibles en preuve. Il est évident que, au moment de la décision finale sur les questions en litige, il se peut fort bien qu'on accorde moins de poids à un enregistrement qui a été contredit. Cependant, le fait que l'enregistrement a été contredit au cours du contre-interrogatoire ne signifie pas nécessairement que le contenu de l'enregistrement est faux ou qu'il n'est pas fiable. Le juge du procès peut néanmoins conclure, comme en l'espèce, que les incohérences sont sans importance et que l'enregistrement est plus fiable que le témoi-

at trial. In *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 55, Wilson J. stated that

a flaw, such as a contradiction, in a child's testimony should not be given the same effect as a similar flaw in the testimony of an adult. . . . 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.

She concluded that, although each witness' credibility must be assessed, the standard which would be applied to an adult's evidence is not always appropriate in assessing the credibility of young children. This approach to the evidence of children was reiterated in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 132-34. There McLachlin J. acknowledged that the peculiar perspectives of children can affect their recollection of events and that the presence of inconsistencies, especially those related to peripheral matters, should be assessed in context. A skilful cross-examination is almost certain to confuse a child, even if she is telling the truth. That confusion can lead to inconsistencies in her testimony. Although the trier of fact must be wary of any evidence which has been contradicted, this is a matter which goes to the weight which should be attached to the videotape and not to its admissibility.

In the case at bar, Lane J. properly viewed the inconsistencies as a matter going to weight. She applied the principles from *B. (G.)*, *supra*, and *W. (R.)*, *supra*, in holding that the minor inconsistencies regarding peripheral details were not of "great significance" and that they should not preclude her from relying on the videotaped statement as true. Furthermore, she found that the complainant's evidence-in-chief and cross-examination were consistent with the evidence she gave in her videotaped statement with respect to the essential elements of the assault. As Lane J. noted:

gnage obtenu au procès. Dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge Wilson a déclaré ceci:

. . . une faille, comme une contradiction, dans le témoignage d'un enfant ne devrait pas avoir le même effet qu'une faille semblable dans le témoignage d'un adulte. [. . .] 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.

Elle a conclu que, même si la crédibilité de tout témoin doit être appréciée, la norme applicable aux adultes à cet égard ne convient pas toujours pour apprécier la crédibilité d'un jeune enfant. Cette façon d'aborder la question du témoignage des enfants a été répétée dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 132 à 134. Dans cet arrêt, le juge McLachlin a reconnu que les enfants ont une perspective des choses qui peut influencer sur leur souvenir des événements et que la présence d'incohérences, spécialement sur des questions secondaires, devrait être évaluée en contexte. Un contre-interrogatoire habile permet presque à coup sûr d'embrouiller un enfant, même s'il dit la vérité. Cette confusion peut engendrer des incohérences dans son témoignage. Même si le juge des faits doit être prudent à l'égard de tout élément de preuve qui a été contredit, il s'agit là d'une question qui concerne le poids qui doit être accordé à l'enregistrement magnétoscopique et non son admissibilité.

En l'espèce, le juge Lane a, avec raison, considéré que la présence des incohérences était une question concernant la valeur probante. Elle a appliqué les principes dégagés dans les arrêts *B. (G.)* et *W. (R.)*, précités, et statué que les incohérences mineures sur des détails secondaires n'avaient pas une [TRADUCTION] «grande importance» et qu'elles ne devraient pas l'empêcher de tenir pour avérée la déclaration enregistrée sur la bande magnétoscopique. En outre, elle a conclu que, en ce qui a trait aux éléments essentiels de l'agression, le témoignage rendu par la plaignante en interrogatoire principal et en contre-interrogatoire concordait avec sa déclaration sur l'enregistrement magnétoscopique. Le juge Lane a dit ceci:

... I am satisfied beyond a reasonable doubt as to the essence of her complaint. As I have said before, she was totally consistent with respect to the essential details and that consistency remained notwithstanding a very skilled cross-examination.

Lane J. was entitled to prefer the videotaped evidence to that elicited on cross-examination. Her decision was not unreasonable and should not be disturbed.

Should a Voir Dire Have Been Held?

50

At trial, the videotape was shown to the complainant and she testified that it was her in the video, that she had made the statements it contained and that they were true. Lane J. then ruled that the requirements of s. 715.1 had been met and that the videotaped evidence was admissible for the truth of its contents. It is apparent that no formal *voir dire* was held with respect to the admissibility issue.

51

The minority reasons of L'Heureux-Dubé J. in *L. (D.O.)*, *supra*, indicate that, prior to the introduction of a videotaped statement under s. 715.1, a *voir dire* must be held in order to review the contents of the tape to ensure that the statements within it conform to the rules of evidence. I agree with this conclusion. Both *L. (D.O.)* and *Toten*, *supra*, indicate that, at this stage, the trial judge may exercise his or her discretion to exclude the videotaped statement if prejudice from its admission would outweigh its probative value. The discretion to exclude the videotape is limited to those cases where its admission would operate unfairly to the accused. Those cases will be relatively rare. (See *Toten*, at p. 32; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 548.) L'Heureux-Dubé J. in *L. (D.O.)*, at p. 463, suggests that there are a number of factors which should be taken into account in exercising this discretion:

[TRADUCTION] ... je suis convaincue hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne l'essence de sa plainte. Comme je l'ai dit précédemment, elle s'est montrée tout à fait cohérente sur les détails essentiels et cette cohérence n'a pas été altérée en dépit d'un contre-interrogatoire très habile.

Il était loisible au juge Lane de préférer l'enregistrement magnétoscopique au témoignage obtenu en contre-interrogatoire. Sa décision n'était pas déraisonnable et ne devrait pas être modifiée.

Un voir-dire aurait-il dû être tenu?

Au procès, l'enregistrement magnétoscopique a été montré à la plaignante, qui a témoigné que c'était elle qu'on voyait sur la bande, qu'elle avait fait les déclarations contenues dans l'enregistrement et que ces déclarations étaient vraies. Le juge Lane a alors statué que les conditions de l'art. 715.1 étaient remplies et que la déclaration sur la bande magnétoscopique était admissible pour établir la véracité de son contenu. Il est manifeste qu'aucun voir-dire formel n'a été tenu sur la question de l'admissibilité.

Les motifs minoritaires exposés par le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité, indiquent que, préalablement à l'admission en preuve de l'enregistrement magnétoscopique d'une déclaration en vertu de l'art. 715.1, un voir-dire doit être tenu pour examiner le contenu de l'enregistrement afin de s'assurer que les déclarations qu'il contient respectent les règles de la preuve. Je suis d'accord avec cette conclusion. Tant l'arrêt *L. (D.O.)* que l'arrêt *Toten*, précité, indiquent que, à cette étape, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire pour écarter l'enregistrement magnétoscopique de la déclaration si le préjudice que pourrait causer son admission en preuve l'emporte sur sa valeur probante. Ce pouvoir discrétionnaire d'écarter l'enregistrement est limité aux affaires où l'admission de l'enregistrement serait inéquitable pour l'accusé. Ces affaires seront relativement rares. (Voir *Toten*, à la p. 32; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 548.) Le juge L'Heureux-Dubé, dans *L. (D.O.)*, à la p. 463, énumère de nombreux facteurs qui, selon elle, devraient être pris en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire:

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) The form of questions used by any other person appearing in the videotaped statement; (b) any interest of anyone participating in the making of the statement; (c) the quality of the video and audio reproduction; (d) the presence or absence of inadmissible evidence in the statement; (e) the ability to eliminate inappropriate material by editing the tape; (f) whether other out-of-court statements by the complainant have been entered; (g) whether any visual information in the statement might tend to prejudice the accused (for example, unrelated injuries visible on the victim); (h) whether the prosecution has been allowed to use any other method to facilitate the giving of evidence by the complainant; (i) whether the trial is one by judge alone or by a jury; and (j) the amount of time which has passed since the making of the tape and the present ability of the witness to effectively relate to the events described. | <ul style="list-style-type: none"> a) le genre des questions utilisées par toute autre personne apparaissant sur la bande; b) l'intérêt de toute personne participant à la prise de la déclaration; c) la qualité de la reproduction magnétoscopique et sonore; d) la présence ou l'absence d'éléments de preuve inadmissibles dans la déclaration; e) la possibilité d'éliminer les éléments inadéquats par l'épuration de la bande; f) l'existence ou l'absence d'autres déclarations extrajudiciaires de la plaignante déposées en preuve; g) l'existence de renseignements visuels qui tendraient à porter préjudice à l'accusé (par exemple, des blessures de la victime non reliées à l'incident); h) la question de savoir si la poursuite a été autorisée à utiliser toute autre méthode visant à faciliter le témoignage de la plaignante; i) le fait que le procès ait lieu devant un juge seul ou devant juge et jury; et j) le temps écoulé depuis l'enregistrement de la bande et la capacité actuelle du témoin de relater les événements décrits de façon effective. |
|--|---|

A consideration of these factors would help to ensure that the contents of the statement generally conform to the rules of evidence and that the statement has probative value. The discretionary power to exclude evidence should not be used to determine issues of weight. In cases where there is conflicting evidence and opinion as to how useful the videotaped statement may be in providing an honest and complete account of the complainant's story, the statement should be admitted unless the trial judge is satisfied that it could interfere with the truth-finding process. (See *Toten*, at pp. 32-33.)

The respondent argued in this appeal that the pre-video interview conducted by the police officers may have tainted the videotaped evidence and that this possibility ought to have been canvassed in a *voir dire*. Although I agree that it

La prise en compte de ces facteurs aiderait à faire en sorte que le contenu de la déclaration respecte de façon générale les règles de la preuve et que la déclaration ait une valeur probante. Le pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve ne devrait pas être exercé pour trancher des questions concernant la valeur probante. Dans les cas où il existe des éléments de preuve contradictoires et où les avis sont partagés sur l'utilité de l'enregistrement magnétoscopique pour obtenir un récit honnête et complet de la version du plaignant, la déclaration devrait être admise en preuve, sauf si le juge du procès est convaincu qu'elle pourrait nuire au processus de recherche de la vérité. (Voir *Toten*, aux pp. 32 et 33.)

Dans le présent pourvoi, l'intimé a prétendu que l'entrevue effectuée par les policiers avant l'enregistrement magnétoscopique pouvait avoir vicié la déclaration ainsi enregistrée et que cette possibilité aurait dû être examinée dans un *voir-dire*. Même si

would have been preferable for the police to have refrained, to the extent that it was reasonably possible, from interviewing the complainant before the videotaped statement was recorded, the ultimate reliability of the videotaped statement is not a question which should be resolved at the *voir dire*. The fact that a pre-video interview was conducted, and any effect it may have had on the subsequently videotaped statement, will go to the weight which should be accorded the evidence, not its admissibility. It would be preferable if the police officers conducting the videotaped interview would pose simple, open-ended questions to the child. It must be recognized that in some situations it will be necessary and appropriate to ask leading questions. Recently, an Ontario Court of Appeal decision was upheld in which the possibility of witness tainting was ruled a question of weight not admissibility: see *R. v. Buric*, [1997] 1 S.C.R. 535.

je conviens qu'il aurait été préférable que, dans la mesure où cela était raisonnablement possible, les policiers s'abstiennent d'interroger la plaignante avant d'enregistrer sa déclaration, en définitive, la fiabilité de l'enregistrement magnétoscopique n'est pas une question qui doit être tranchée à l'occasion d'un voir-dire. Le fait qu'une entrevue ait été réalisée avant l'enregistrement magnétoscopique et l'effet qu'a pu avoir cette entrevue sur la déclaration enregistrée par la suite concernent le poids qui doit être accordé à la preuve et non son admissibilité. Il serait préférable que les policiers menant l'interrogatoire enregistré posent à l'enfant des questions simples à réponses libres. Il faut reconnaître que, dans certaines situations, il sera nécessaire et approprié de poser des questions suggestives. Notre Cour a récemment confirmé un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui avait statué que la possibilité que des témoignages soient viciés était une question concernant le poids de ces témoignages et non leur admissibilité; voir *R. c. Buric*, [1997] 1 R.C.S. 535.

54

Wherever evidence is tendered for admission under s. 715.1 of the *Code*, a formal *voir dire* must be held to determine whether the requirements of the section are met and to ensure that the videotape conforms with the rules of evidence. However, no substantial wrong resulted from Lane J.'s failure to hold a *voir dire*. Since S.D. duly adopted the contents of the videotape and there is no evidence suggesting that Lane J. would or should have exercised her residual discretion to exclude the evidence because of unfairly prejudicial effects its admission would have on the respondent, the videotaped statement was properly admitted.

Lorsqu'on demande l'admission en preuve d'un témoignage en vertu de l'art. 715.1 du *Code*, un voir-dire formel doit être tenu afin de décider si les exigences de cet article sont respectées et si l'enregistrement est conforme aux règles de la preuve. Cependant, l'omission du juge Lane de tenir un voir-dire n'a causé aucun tort important. Étant donné que S.D. a dûment confirmé le contenu de l'enregistrement magnétoscopique et qu'il n'y a aucune preuve tendant à indiquer que le juge Lane aurait pu ou aurait dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel et écarter cet élément de preuve en raison d'effets injustement préjudiciables qu'aurait son admission pour l'intimé, l'enregistrement magnétoscopique a à bon droit été admis en preuve.

55

If it can reasonably be done, a sensitive judicial system should, with the aim of s. 715.1 in mind, interpret the section in a manner that will attempt to avoid further injury to children resulting from their participation in the criminal trial process. That must of course be done within the balanced bounds of always ensuring that the accused enjoys the fundamental right to a fair trial. The definitions

Dans la mesure où cela est raisonnablement possible, un système judiciaire sensible au problème devrait, en ayant à l'esprit l'objectif de l'art. 715.1, interpréter cet article d'une manière qui tende à éviter que la participation des enfants au processus pénal ne leur cause un préjudice supplémentaire. Cela doit évidemment être fait d'une manière équilibrée, c'est-à-dire en veillant toujours à ce que

and procedures set out in these reasons strive to achieve these aims.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Hicks, Block, Adams, Derstine, Toronto.

l'accusé jouisse de son droit fondamental à un procès équitable. Les définitions et les procédures énoncées dans les présents motifs visent à réaliser ces objectifs.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé: Hicks, Block, Adams, Derstine, Toronto.

Husky Oil Operations Ltd. *Appellant*
(*Plaintiff*)

v.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem
Canada Limited and Raychem
Corporation** *Respondents (Defendants)*

and

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. and Bow
Valley Industries Ltd.** (*Plaintiffs*)

and between

Bow Valley Industries Ltd. *Appellant*
(*Plaintiff*)

v.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem
Canada Limited and Raychem
Corporation** *Respondents (Defendants)*

and

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. and
Husky Oil Operations Ltd.** (*Plaintiffs*)

and by way of cross-appeal between

Saint John Shipbuilding Limited *Appellant*
by Cross-Appeal (Defendant)

v.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky
Oil Operations Ltd. and Bow Valley
Industries Ltd.** *Respondents by Cross-Appeal*
(*Plaintiffs*)

and

**Raychem Canada Limited and Raychem
Corporation** (*Defendants*)

Husky Oil Operations Ltd. *Appelante*
(*Demanderesse*)

c.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem
Canada Limited et Raychem
Corporation** *Intimées (Défenderesses)*

et

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et Bow
Valley Industries Ltd.** (*Demandereses*)

et entre

Bow Valley Industries Ltd. *Appelante*
(*Demanderesse*)

c.

**Saint John Shipbuilding Limited, Raychem
Canada Limited et Raychem
Corporation** *Intimées (Défenderesses)*

et

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et Husky
Oil Operations Ltd.** (*Demandereses*)

et par voie de pourvoi incident entre

Saint John Shipbuilding Limited *Appelante*
dans le pourvoi incident (Défenderesse)

c.

**Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky
Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries
Ltd.** *Intimées dans le pourvoi incident*
(*Demandereses*)

et

**Raychem Canada Limited et Raychem
Corporation** (*Défenderesses*)

and by way of cross-appeal between

Raychem Canada Limited and Raychem Corporation *Appellants by Cross-Appeal (Defendants)*

v.

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky Oil Operations Ltd. and Bow Valley Industries Ltd. *Respondents by Cross-Appeal (Plaintiffs)*

and

Saint John Shipbuilding Limited *(Defendant)*

and by way of cross-appeal between

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. *Appellant by Cross-Appeal (Plaintiff)*

v.

Saint John Shipbuilding Limited, Raychem Canada Limited and Raychem Corporation *Respondents by Cross-Appeal (Defendants)*

and

Husky Oil Operations Ltd. and Bow Valley Industries Ltd. *(Plaintiffs)*

INDEXED AS: BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. v. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD.

File No.: 24855.

1997: June 19; 1997: December 18.

Present: La Forest, Sopinka,* Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

* Sopinka J. took no part in the judgment.

et par voie de pourvoi incident entre

Raychem Canada Limited et Raychem Corporation *Appelantes dans le pourvoi incident (Défenderesses)*

c.

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd., Husky Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries Ltd. *Intimées dans le pourvoi incident (Demandereses)*

et

Saint John Shipbuilding Limited *(Défenderesse)*

et par voie de pourvoi incident entre

Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. *Appelante dans le pourvoi incident (Demanderesse)*

c.

Saint John Shipbuilding Limited, Raychem Canada Limited et Raychem Corporation *Intimées dans le pourvoi incident (Défenderesses)*

et

Husky Oil Operations Ltd. et Bow Valley Industries Ltd. *(Demandereses)*

RÉPERTORIÉ: BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. c. SAINT JOHN SHIPBUILDING LTD.

N° du greffe: 24855.

1997: 19 juin; 1997: 18 décembre.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka*, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

* Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Torts — Duty to warn — Manufacturer and supplier — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether shipbuilder and system manufacturer had duty to warn rig owner of inflammability of product used in system — Whether shipbuilder's duty to warn excluded by its contract with rig owner — Whether manufacturer entitled to rely on learned intermediary defence.

Torts — Causation — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether failure to warn rig owner of inflammability of product used in heat trace system caused loss.

Torts — Contractual relational economic loss — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Whether companies leasing rig can recover economic loss resulting from shutdown of rig for repairs.

Torts — Contributory negligence — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether rig owner's contributory negligence in operating heat trace system without ground fault circuit breaker system bars its claims — Whether maritime contributory negligence bar should be eliminated.

Husky Oil Operations Ltd. ("HOOL") and Bow Valley Industries Ltd. ("BVI") made arrangements to have an oil drilling rig constructed by Saint John Shipbuilding Limited ("SJSJL"). In order to take advantage of government financing, HOOL and BVI incorporated an

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde — Fabricant et fournisseur — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le constructeur naval et le fabricant du système étaient-ils tenus de prévenir le propriétaire de la plate-forme de l'inflammabilité du produit utilisé dans le système? — L'obligation de mise en garde du constructeur naval était-elle écartée en raison du contrat conclu avec le propriétaire de la plate-forme? — Le fabricant a-t-il le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent?

Responsabilité délictuelle — Lien de causalité — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le défaut de mettre en garde le propriétaire de la plate-forme contre l'inflammabilité du produit utilisé dans le système de réchauffage des conduites a-t-il causé la perte?

Responsabilité délictuelle — Perte économique relationnelle découlant d'un contrat — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — Les sociétés qui ont loué la plate-forme peuvent-elles être indemnisées de la perte économique subie à la suite de l'arrêt d'exploitation de la plate-forme pendant les réparations?

Responsabilité délictuelle — Négligence contributive — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — La négligence contributive du propriétaire de la plate-forme qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans disjoncteur de fuite à la terre constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations? — La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en droit maritime devrait-elle être supprimée?

La société Husky Oil Operations Ltd. («HOOL») et la société Bow Valley Industries Ltd. («BVI») ont pris des dispositions pour faire construire une plate-forme pétrolière par la société Saint John Shipbuilding Limited («SJSJL»). Dans le but de tirer avantage du financement

offshore company, Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. ("BVHB"). Before construction began, ownership of the rig and the construction contract with SJSJL were transferred to BVHB. HOOL and BVI entered into contracts with BVHB for the hire of the rig to conduct drilling operations at sites chosen by HOOL and BVI. These contracts provided that HOOL and BVI would continue to pay day rates to BVHB in the event that the rig was out of service. A heat trace system was required in order to prevent the rig's pipes from freezing during the winter. BVHB chose the Raychem system, which used Thermaclad wrap to keep moisture from the insulation and heat trace wire. The specifications for the Raychem heat trace system required the installation of a ground fault circuit breaker system to cut off the power in the event of an electrical fault, to prevent arcing of the heat trace wire. A functioning system was not installed until after a fire broke out on the rig, causing damage to a tray of electrical and communications cables. As a result of the damage, the rig had to be towed to port for repairs and was out of service for several months. BVHB, HOOL and BVI commenced an action against SJSJL alleging breach of contract and negligence, and an action against Raychem for negligence. BVHB claimed both for the cost of the repairs to the rig and for the revenue lost as a result of the rig being out of service for several months. HOOL and BVI sought to recover the day rates that they were contractually required to pay to BVHB during the period the rig was out of service, as well as expenses they incurred for supplies to the rig, including food, drilling mud and additional equipment.

The trial judge held that the defendant SJSJL was liable in contract and tort for failing to provide certificates of approval for the Thermaclad, and in tort for breach of duty to warn of the inflammability of Thermaclad. He also held that the defendant Raychem was liable in tort for breach of its duty to warn. The trial judge went on to hold that the major fault lay with BVHB for its operation of the heat trace system without a functioning ground fault circuit breaker system. Moreover, it kept the heat trace system on, even when it might not have been required, despite incidents of arcing on the heat trace wires. He apportioned the fault 60 percent to

d'un organisme gouvernemental, HOOL et BVI ont constitué, à l'étranger, une société appelée Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. («BVHB»). Avant le début des travaux de construction, la propriété de la plate-forme et le contrat de construction passé avec SJSJL ont été transférés à BVHB. HOOL et BVI ont conclu des contrats avec BVHB pour la location de la plate-forme en vue d'opérations de forage sur des sites choisis par les premières. Ces contrats stipulaient que HOOL et BVI continueraient de payer un taux journalier à BVHB dans le cas où la plate-forme serait hors-service. Il fallait installer un système de réchauffage des conduites pour empêcher les tuyaux de la plate-forme de geler durant l'hiver. BVHB a choisi le système de la société Raychem («Raychem») qui utilisait le revêtement Thermaclad pour protéger de l'humidité l'isolant et le câble de réchauffage des conduites. Les caractéristiques techniques du système de réchauffage des conduites de Raychem exigeaient l'installation d'un système de disjoncteur de fuite à la terre (DFT) pour couper le courant en cas de défectuosité du système électrique afin d'éviter que le câble de réchauffage des conduites ne provoque des arcs électriques. On a installé un système efficace seulement après qu'un incendie se fut déclaré à bord de la plate-forme et eut causé des dommages à un chemin de câbles électriques et de transmission. Par conséquent, la plate-forme a dû être remorquée jusqu'au port pour être réparée et elle a été hors-service durant plusieurs mois. BVHB, HOOL et BVI ont pris action contre SJSJL pour négligence et rupture de contrat et contre Raychem pour négligence. BVHB a réclamé à la fois le coût des réparations effectuées sur la plate-forme et la perte de revenus découlant de la mise hors-service de la plate-forme durant plusieurs mois. HOOL et BVI ont demandé d'être indemnisées du taux journalier qu'elles avaient été tenues, en vertu du contrat, de payer à BVHB pendant que la plate-forme était hors-service, ainsi que des dépenses qu'elles avaient faites pour approvisionner la plate-forme, notamment en nourriture, en boue de forage et en matériel supplémentaire.

Le juge de première instance a retenu la responsabilité contractuelle et délictuelle de la défenderesse SJSJL pour le motif qu'elle n'a pas fourni de certificats d'approbation concernant le Thermaclad, et il a reconnu sa responsabilité délictuelle parce qu'elle a manqué à l'obligation de prévenir les parties concernées de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a également conclu à la responsabilité délictuelle de la défenderesse Raychem parce qu'elle a manqué à son obligation de mise en garde. Il a ensuite décidé qu'il fallait imputer la faute principale à BVHB, qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans un système de disjon-

BVHB and 40 percent to SJSL and Raychem. He did not award damages for breach of contract. The trial judge dismissed the plaintiffs' claim, however, on the ground that the case arose out of negligence at sea and was governed by Canadian maritime law, which precluded application of the Newfoundland *Contributory Negligence Act* and made contributory negligence a bar to recovery.

The Court of Appeal held that because the loss suffered by HOOL and BVI was economic in nature, it was not recoverable. It agreed with the trial judge that maritime law applied, but held that provincial negligence legislation applied to maritime cases in some situations, including this case. Alternatively, if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did not apply, the court held that maritime law no longer made contributory negligence a bar to recovery. In the result, BVHB was held entitled to recover 40 percent of its loss from SJSL and Raychem.

Held (La Forest and McLachlin JJ. dissenting on SJSL's cross-appeal): The appeal should be dismissed. The cross-appeal of SJSL with regard to the duty to warn should be allowed. The other cross-appeals should be dismissed.

Per Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: BVHB was not entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn. In clause 907 of the contract between them, which states that "Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof", the parties have chosen to specify the only ground of builder liability related to the use of Thermaclad, namely, negligence in the installation thereof. By expressly limiting liability to only these circumstances, the parties have by necessary implication excluded all other grounds of builder liability, including the duty to warn. This reading of clause 907 is reinforced by the fact that Thermaclad is "owner directed supply". Where, as here, the owner specifies a particular product to be used, it is generally the owner and not the builder who, unless otherwise specified in the contract, should bear the losses that flow from the risk associated

teur de fuite à la terre efficace. De plus, elle a laissé fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque cela n'était peut-être pas nécessaire, malgré le fait que des arcs électriques s'étaient produits sur les câbles de réchauffage des conduites. Il a réparti la faute dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et de 40 pour 100 à SJSL et à Raychem. Il n'a pas accordé de dommages-intérêts pour rupture de contrat. Toutefois, le juge de première instance a débouté les demanderessees pour le motif que l'affaire résultait d'une négligence commise en mer et était régie par le droit maritime canadien, ce qui excluait l'application de la *Contributory Negligence Act* et faisait de la négligence contributive une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation.

La Cour d'appel a jugé que, comme la perte subie par HOOL et BVI était de nature économique, elle ne pouvait donner lieu à indemnisation. Elle a convenu avec le juge de première instance que le droit maritime s'appliquait, mais elle a conclu que la législation provinciale relative à la négligence s'appliquait aux affaires maritimes dans certaines situations, dont le présent cas. Subsidièrement, pour le cas où la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve ne s'appliquerait pas, la cour a statué que la négligence contributive ne constituait plus une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation en droit maritime. Par conséquent, elle a jugé que BVHB avait le droit d'être indemnisée par SJSL et Raychem de 40 pour 100 de sa perte.

Arrêt (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents quant au pourvoi incident de SJSL): Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident de SJSL au sujet de l'obligation de mise en garde est accueilli. Les autres pourvois incidents sont rejetés.

Les juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: BVHB n'avait pas le droit de poursuivre SJSL en invoquant l'obligation de mise en garde en matière délictuelle. À la clause 907 du contrat qu'elles ont conclu, lequel stipule que «[l]a responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation», les parties ont choisi de préciser le seul fondement permettant d'établir la responsabilité du constructeur relativement à l'utilisation du Thermaclad, à savoir la négligence commise dans son installation. En limitant expressément la responsabilité à ces seules circonstances, les parties ont écarté, par déduction nécessaire, tous les autres fondements de responsabilité en ce qui concerne le constructeur, dont l'obligation de mise en garde. Cette interprétation de la clause 907 est renforcée par le fait que le Thermaclad est du «matériel imposé par le propriétaire». Lorsque le propriétaire,

with that product's use. The placement of clauses within a contract, while a factor to be considered, is not determinative. Rather, the contract as a whole should be examined with a view to searching for the intention of the parties by recognizing the natural meaning that flows from the language chosen. By the wording of clause 905, SJSL is relieved of any liability arising from defects. Clause 907 states that SJSL's liability shall extend only to installation of owner-directed supply and that in all other instances, BVHB bears the risk and responsibility for these products. The natural meaning of these clauses thus indicates that the only head of liability upon which these clauses can bite is negligence in installation. Based on the authority of *Miida Electronics*, SJSL should thus be relieved of any liability for failing to warn BVHB of the dangers associated with the use of Thermaclad. It is not open to Raychem to seek contribution from SJSL, as a contractor which has protected itself against liability cannot be said to have contributed to any actionable loss suffered by the plaintiff. Consequently, Raychem is liable for the entire 40 per cent quantum found by the trial judge.

In all other respects, McLachlin J.'s analysis was agreed with.

Per La Forest and McLachlin JJ. (dissenting on SJSL's cross-appeal with regard to the duty to warn): Manufacturers and suppliers are required to warn all those who may reasonably be affected by potentially dangerous products. This duty extends even to those persons who are not party to the contract of sale. The potential user must be reasonably foreseeable to the manufacturer or supplier. BVHB was clearly within the class of persons that SJSL and Raychem ought to have known might reasonably be affected by the use of Thermaclad. SJSL was in a contractual relationship with BVHB, and Raychem had directly approached BVHB's predecessor (a subsidiary of BVI) to encourage the use of its products in the construction of the rig. The manufacturer or supplier remains liable unless the consumer's knowledge negates reasonable reliance. This occurs where the consumer has so much knowledge that a reasonable person would conclude that the consumer fully appreciated and willingly assumed the risk posed by use of the product. Here BVHB did not have the degree of knowledge necessary to negate reliance on SJSL and Raychem. SJSL and Raychem did not demonstrate that

comme en l'espèce, spécifie le produit qu'il faut utiliser, à moins de stipulations contraires du contrat, c'est habituellement lui et non le constructeur qui devrait supporter les pertes découlant du risque lié à l'utilisation de ce produit. L'endroit où figurent les clauses dans un contrat, tout en constituant un facteur à prendre en considération, n'est pas décisif. On devrait plutôt examiner le contrat dans son ensemble afin de découvrir l'intention des parties en donnant aux termes qu'elles ont employés le sens qui s'en dégage naturellement. En vertu du libellé de la clause 905, SJSL est déchargée de toute responsabilité à l'égard des vices. La clause 907 stipule que la responsabilité de SJSL s'étend seulement à l'installation du matériel imposé par le propriétaire et que, dans tous les autres cas, BVHB assume les risques et la responsabilité pour ces produits. Par conséquent, selon le sens naturel de ces clauses, elles ne peuvent viser que la responsabilité due à une négligence dans l'installation. Compte tenu du poids de l'arrêt *Miida Electronics*, SJSL devrait donc être déchargée de toute responsabilité pour avoir omis d'informer BVHB des dangers liés à l'utilisation du Thermaclad. Raychem ne peut pas réclamer une contribution de SJSL car on ne peut pas dire que l'entrepreneur qui s'est protégé de toute responsabilité a contribué à une perte l'exposant aux poursuites du demandeur. Par conséquent, Raychem est seule responsable de la part de 40 pour 100 fixée par le juge de première instance.

L'analyse du juge McLachlin a été acceptée à tous les autres égards.

Les juges La Forest et McLachlin (dissidents quant au pourvoi incident de SJSL au sujet de l'obligation de mise en garde): Les fabricants et les fournisseurs ont l'obligation de mettre en garde tous ceux qui peuvent être raisonnablement concernés par des produits potentiellement dangereux. Cette obligation s'étend même aux personnes qui ne sont pas parties au contrat de vente. Le fabricant ou le fournisseur doit pouvoir raisonnablement prévoir qui sera l'utilisateur. BVHB faisait manifestement partie de la catégorie des personnes qui, comme SJSL et Raychem auraient dû le savoir, pouvaient raisonnablement être concernées par l'utilisation du Thermaclad. SJSL avait des rapports contractuels avec BVHB, et Raychem avait communiqué directement avec la société remplacée par BVHB (une filiale de BVI) pour l'inciter à utiliser ses produits durant la construction de la plate-forme. À moins que les connaissances du consommateur n'écartent la confiance qu'il accorde légitimement au fabricant ou au fournisseur, ces derniers restent responsables. C'est le cas lorsque le consommateur est à ce point renseigné qu'une personne raisonnable conclurait qu'il a pleinement apprécié et

BVHB accepted the risk of using Thermaclad. It follows that both SJSL and Raychem owed BVHB a duty to warn, subject to the special defences raised.

SJSL's duty to warn was not excluded by its contract with BVHB. While BVHB's claim sounds in tort, the contract remains relevant to determining whether a tort duty arises, and if so, its scope, since parties are free to contract to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence. In order to determine the extent to which the parties' planned obligations affect their tort liabilities, it is necessary to ascertain the intention of the parties with respect to the particular issue from the contract documents as a whole. In doing so, it must be kept in mind that generally limitation and exclusion clauses are strictly construed against the party seeking to invoke the clause. The provisions of the contract relied on by SJSL do not directly address responsibility for negligence or duty to warn. While the absence of a term expressly excluding tort liability is not determinative, the contract provisions, considered as a whole, relate to the finding of and responsibility for defects. They function, as the heading states, as a "warranty" of workmanship and materials. More specifically, clauses 702, 905 and 907, taken in combination, provide that in situations of "owner directed supply", SJSL bears the responsibility for installation while BVHB bears the responsibility for defects. Warranties usually relate to the quality of goods and workmanship and do not relate to warnings about the risks associated with the use of products. BVHB's claim against SJSL is not for negligence relating to the choice of, installation of, or defects in, the Thermaclad or other materials, but for failure to warn of the inflammability of Thermaclad. SJSL's duty to warn arose independently of the contract, through its greater knowledge of the inflammability characteristics of Thermaclad. Clause 907, which excludes liability for owner-directed supply, must be narrowly construed. It applies to defects in materials or

volontairement accepté le risque que présentait l'utilisation du produit. En l'espèce, BVHB ne possédait pas suffisamment de connaissances pour exclure la confiance mise en SJSL et Raychem. SJSL et Raychem n'ont pas montré que BVHB avait accepté le risque que présentait l'utilisation du Thermaclad. Il s'ensuit que SJSL et Raychem étaient toutes deux tenues d'une obligation de mise en garde au profit de BVHB, sous réserve des moyens de défense particuliers soulevés.

L'obligation de mise en garde de SJSL n'était pas écartée en raison du contrat conclu avec BVHB. Bien que la réclamation de BVHB soit fondée sur les règles de la responsabilité délictuelle, le contrat reste pertinent pour déterminer s'il existe une obligation en matière délictuelle et, si oui, quelle est son étendue, puisque les parties peuvent passer un contrat pour limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci. Pour établir dans quelle mesure les obligations prévues par les parties influent sur leur responsabilité délictuelle, il faut dégager de l'ensemble des documents contractuels l'intention des parties en ce qui concerne la question particulière en jeu. Ce faisant, il ne faut pas oublier que, généralement, les clauses de limitation ou d'exclusion sont interprétées de façon stricte à l'encontre de la partie qui les invoque. Les clauses du contrat sur lesquelles s'appuie SJSL ne traitent pas directement de la responsabilité fondée sur la négligence ni de l'obligation de mise en garde. Bien que l'absence d'une condition excluant expressément la responsabilité délictuelle ne soit pas déterminante, prises dans leur ensemble, les clauses du contrat se rapportent à la constatation des vices et à la responsabilité engagée à ce titre. Elles jouent le rôle d'une «garantie» quant à la fabrication et aux matériaux, comme le mentionne le titre. Plus précisément, les clauses 702, 905 et 907, prises ensemble, prévoient que, dans le cas du «matériel imposé par le propriétaire», SJSL est responsable de l'installation tandis que BVHB est responsable des vices. Les garanties portent habituellement sur la qualité des marchandises et de leur fabrication et non sur les mises en garde concernant les risques liés à leur utilisation. La réclamation de BVHB contre SJSL n'est pas fondée sur la négligence dans le choix du Thermaclad ou d'autres matériaux, leur installation ou des vices dont ils seraient affectés, mais plutôt sur le défaut de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. L'obligation de mise en garde incombant à SJSL a pris naissance indépendamment du contrat et découlait du fait qu'elle était mieux informée des caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad. La clause 907, qui exclut toute responsabilité dans le cas du matériel imposé par le propriétaire, doit

their installation and workmanship and does not exclude liability for breach of duty to warn.

Raychem is not entitled to rely on the learned intermediary defence, which is an exception to the general rule requiring manufacturers to provide a warning to the ultimate consumers of their product. The learned intermediary defence will generally only apply either where the product is highly technical and is to be used with expert supervision, or where the nature of the product is such that it is unrealistic for the consumer to receive a warning directly from the manufacturer. Thermaclad was not a highly technical product, and its use and application did not require expert supervision. Nor was it unrealistic to expect Raychem to have warned BVHB, the ultimate consumer, directly. Raychem had both the opportunity and the duty to warn BVHB directly and therefore its duty to warn the plaintiffs was not discharged through its communications with SJSL.

Causation is established, on either a subjective or an objective standard. A reasonable plaintiff or BVHB itself would have either declined to use Thermaclad or taken steps to deal with its inflammability had it been warned. The equal apportionment of fault between SJSL and Raychem should not be interfered with. While SJSL might have had less knowledge of the specific characteristics of Thermaclad, its knowledge of the general regulatory requirements was arguably greater, and it had greater contact with BVHB.

The contractual relational economic loss suffered by HOOL and BVI is not recoverable. The defendants owed a *prima facie* duty of care to BVI and HOOL. They knew of the existence of these plaintiffs and others like them and knew or ought to have known that they stood to lose money if the drilling rig was shut down. However, this *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. The most serious problem is that of indeterminate liability. If the defendants owed a duty to warn the plaintiffs, it is difficult to see why they would not owe a similar duty to a host of other persons who would foreseeably lose money if the rig was shut down as a result of being damaged. Moreover, the facts of this case do not support liability to BVI and HOOL as an additional deterrent against negligence. Since BVHB, the owner of the drilling rig, suffered a significant amount of property damage, it is not apparent that

être interprétée de façon stricte. Elle s'applique aux vices affectant les matériaux ou leur installation et leur fabrication et n'écarte pas la responsabilité pour manquement à l'obligation de mise en garde.

Raychem n'a pas le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent, qui constitue une exception à la règle générale voulant que les fabricants mettent le consommateur final en garde contre les dangers que présentent leurs produits. En général, ce moyen de défense s'appliquera seulement si le produit a une forte teneur technique et est destiné à être utilisé sous la surveillance d'un expert, ou si la nature du produit est telle qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant. Le Thermaclad n'était pas un produit à forte teneur technique, et son utilisation et son application n'exigeaient pas la surveillance d'un expert. Il n'était pas non plus irréaliste de s'attendre à ce que Raychem prévienne directement BVHB, le consommateur final. Raychem avait à la fois la possibilité et l'obligation de mettre BVHB en garde directement et par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de son obligation de mise en garde dans le cadre de ses communications avec SJSL.

Le lien de causalité est établi, selon une norme subjective ou une norme objective. Si un demandeur raisonnable ou BVHB elle-même avait été mis en garde, il aurait soit refusé d'utiliser le Thermaclad ou soit pris des mesures concernant l'inflammabilité de ce produit. La répartition de la faute en parts égales entre SJSL et Raychem ne doit pas être modifiée. Même si SJSL en savait peut-être moins sur les caractéristiques particulières du Thermaclad, elle avait plus de contacts avec BVHB et il est possible de prétendre qu'elle connaissait mieux les exigences réglementaires générales.

La perte économique relationnelle découlant d'un contrat subie par HOOL et BVI ne donne pas lieu à indemnisation. Les défenderesses avaient une obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL. Elles connaissaient l'existence des demanderesses et d'autres personnes comme elles, et elles savaient ou auraient dû savoir que ces dernières risquaient de perdre de l'argent si la plate-forme de forage cessait de fonctionner. Cependant, cette obligation de diligence *prima facie* est annihilée par des considérations de principe. Le problème le plus sérieux est celui de la responsabilité indéterminée. Si les défenderesses avaient l'obligation de mettre en garde les demanderesses, il est difficile de voir pourquoi elles n'auraient pas la même obligation envers une foule d'autres personnes dont les pertes étaient prévisibles si la plate-forme cessait ses activités en raison des dommages subis. De plus, les faits de l'espèce ne

increasing the defendants' potential liability would have led to different behaviour and avoidance of the loss. Nor was this a case where the plaintiff's ability to allocate the risk to the property owner by contract is slight, either because of the type of transaction or inequality of bargaining power. BVI and HOOL not only had the ability to allocate their risks, but did just that.

BVHB was contributorily negligent, as found by the courts below. The trial judge apportioned the majority of the fault to BVHB on the ground that its negligence in continuing to operate the heat trace system, even when unnecessary, outweighed the defendants' negligence. Since there was no demonstrable error in the trial judge's appreciation of the facts or applicable legal principles, his finding that the liability should be apportioned 60 percent to BVHB and 40 percent to the defendants Raychem and SJSL should not be disturbed.

BVHB's right to recover is not barred by its contributory negligence. The issues for resolution in this case are integrally connected with maritime matters, and fall to be resolved under Canadian maritime law. Policy considerations support the conclusion that maritime law governs the plaintiffs' tort claim, since the application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. Although contributory negligence barred recovery at common law, the maritime contributory negligence bar should be removed. This is an appropriate case for this Court to make an incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness. The proposed change falls within the test for judicial reform of the law which has been developed. First, the change is required to keep the maritime common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society. Second, removal of the contributory negligence bar will not have unforeseeable or complex ramifications beyond the cognizance of the judiciary. The principle of apportionment

justifie pas d'étendre la responsabilité en faveur de BVI et de HOOL à titre de moyen de dissuasion supplémentaire contre la négligence. Comme BVHB, le propriétaire de la plate-forme de forage, a subi des dommages matériels importants, il n'est pas évident que le fait d'accroître la responsabilité potentielle des défenderesses aurait amené un comportement différent et permis d'éviter la perte. Ce n'était pas non plus un cas où la capacité du demandeur de faire assumer le risque par le propriétaire du bien dans un contrat est faible, en raison soit du genre d'opération, soit de l'inégalité du pouvoir de négociation. Non seulement BVI et HOOL avaient-elles la capacité de répartir leurs risques; mais c'est exactement ce qu'elles ont fait.

Il y a eu négligence contributive de BVHB, ainsi que l'ont conclu les juridictions inférieures. Le juge de première instance a attribué la plus grande partie de la faute à BVHB pour le motif que la négligence dont celle-ci a fait montre en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque ce n'était pas nécessaire, l'emportait sur la négligence des défenderesses. Comme le juge de première instance n'a pas commis d'erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion selon laquelle la responsabilité devrait être attribuée dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et dans une proportion de 40 pour 100 aux défenderesses Raychem et SJSL.

La négligence contributive de BVHB ne fait pas obstacle au droit de celle-ci d'être indemnisée. Les questions qui se posent en l'espèce relèvent intégralement du domaine maritime et doivent être tranchées en vertu du droit maritime canadien. Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demanderessees, car l'application des lois provinciales aux délits en matière maritime nuirait à l'uniformité du droit maritime. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. Même si, en common law, la négligence contributive constituait une fin de non-recevoir à l'indemnisation, la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière maritime devrait être abolie. Il s'agit d'un cas où il convient que notre Cour apporte un changement progressif à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité. Le changement proposé satisfait au critère élaboré en ce qui concerne la réforme du droit par les tribunaux. Premièrement, le changement est nécessaire pour

for non-maritime torts is universally accepted in every part of Canada and around the world. Contributory negligence may reduce recovery but does not bar the plaintiff's claim. The defendants SJSL and Raychem are jointly and severally liable to the plaintiff BVHB for 40 percent of its loss, subject to a right of contribution between defendants.

SJSL is not liable to BVHB in contract since the contractual issues have been settled and are no longer litigable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Applied: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; **distinguished:** *Falcon Lumber Ltd. v. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503; **referred to:** *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Lamport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The "Raphael")*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42; *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346.

By McLachlin J. (dissenting on the cross-appeal of SJSL)

Distinguished: *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; **referred to:** *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426; *University of Regina v. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1; *Queen v. Cognos*

que la common law en matière maritime suit l'évolution et le dynamisme de la société. Deuxièmement, l'abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive n'aura pas de conséquences imprévisibles ou complexes qui échappent aux tribunaux. Le principe de la répartition en matière de délits non maritimes est accepté universellement, partout au Canada et à travers le monde. La négligence contributive peut réduire l'indemnité, mais elle ne constitue pas une fin de non-recevoir à la réclamation présentée par la demanderesse. Les défenderesses SJSL et Raychem sont solidairement responsables envers la demanderesse BVHB de 40 pour 100 de la perte subie par cette dernière, sous réserve du droit de chacune des défenderesses de demander une contribution à l'autre.

SJSL n'est pas responsable envers BVHB en matière contractuelle puisque les questions d'ordre contractuel ont été réglées et ne sont plus litigieuses.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêt suivi: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Falcon Lumber Ltd. c. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503; **arrêts mentionnés:** *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Lamport & Holt Lines Ltd. c. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The «Raphael»)*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 42; *Upper Lakes Shipping Ltd. c. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346.

Citée par le juge McLachlin (dissidente quant au pourvoi incident de SJSL)

Distinction faite d'avec l'arrêt: *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; **arrêts mentionnés:** *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426; *University of Regina c. Pettick* (1991), 45

Inc., [1993] 1 S.C.R. 87; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Jones v. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Hughes v. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617; *Sparks v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618; *Taylor v. Asody*, [1975] 2 S.C.R. 414; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949] S.C.R. 510; *The "Sobieski"* (1949), 82 L.L.R. 370; *Gartland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315; *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. v. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505; *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] 1 F.C. 490; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Peters v. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389; *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890); *Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974); *United States v. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975); *Edmonds v. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); *Merryweather v. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337; *Sparrows Point v. Greater Vancouver Water District*, [1951] S.C.R. 396; *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. v. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-73, *An Act to amend the Canada Shipping Act and other Acts as a consequence*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.
Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 565(1), 566.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1478, 1523, 1526, 1536.
Constitution Act, 1867, s. 92.
Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, c. C-33.
Maritime Conventions Act, 1914, S.C. 1914, c. 13.

C.L.R. 1; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601; *Jones c. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Hughes c. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617; *Sparks c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618; *Taylor c. Asody*, [1975] 2 R.C.S. 414; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926; *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510; *The «Sobieski»* (1949), 82 L.L.R. 370; *Gartland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315; *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. c. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505; *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] 1 C.F. 490; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Peters c. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389; *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890); *Cooper Stevedoring Co. c. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974); *United States c. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975); *Edmonds c. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); *Merryweather c. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337; *Sparrows Point c. Greater Vancouver Water District*, [1951] R.C.S. 396; *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. c. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1478, 1523, 1526, 1536.
Contributory Negligence Act, R.S.N. 1990, ch. C-33.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92.
Loi des conventions maritimes, 1914, S.C. 1914, ch. 13.
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 565(1), 566.
Projet de loi C-73, Loi modifiant la Loi sur la marine marchande du Canada et d'autres lois en conséquence, 2^e sess., 35^e lég., 1996.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
- Canada. Department of Justice. Admiralty and Maritime Law Section. *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts: A Discussion Paper*.
- Cane, Peter. *Tort Law and Economic Interests*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Daly, Warren B., and George H. Falter. "Contribution and Indemnity in Maritime Actions". In *Benedict on Admiralty*, vol. 2, 7th ed. New York: M. Bender, 1995 (loose-leaf updated June 1997, release 73).
- Fleming, John. "Tort in a Contractual Matrix" (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269.
- Klar, Lewis. "Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors". In Lewis Klar, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1977.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Tetley, William. "A Definition of Canadian Maritime Law" (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.
- Williams, Glanville. *Joint Torts and Contributory Negligence: A Study of Concurrent Fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions*. London: Stevens & Sons, 1951.

APPEAL and CROSS-APPEALS from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, 405 A.P.R. 92, 126 D.L.R. (4th) 1, 21 B.L.R. (2d) 265, [1995] N.J. No. 150 (QL), reversing a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, 369 A.P.R. 271, [1994] N.J. No. 121 (QL), and (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, 373 A.P.R. 228, dismissing the plaintiffs' claim. Appeal and cross-appeals other than that of SJSL dismissed. Cross-appeal of SJSL allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting.

Anthony J. Jordan, Q.C., Eric P. Groody and Susan M. Purcell, for Husky Oil Operations Ltd.

W. Ian C. Binnie, Q.C., Harry Underwood, Bonita Croft and Camille A. Nelson, for Bow Valley Industries Ltd.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
- Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.
- Canada. Ministère de la Justice. Section de l'amirauté et du droit maritime. *Document de travail: Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*.
- Cane, Peter. *Tort Law and Economic Interests*. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Daly, Warren B., and George H. Falter. «Contribution and Indemnity in Maritime Actions». In *Benedict on Admiralty*, vol. 2, 7th ed. New York: M. Bender, 1995 (sur feuilles mobiles, mise à jour de juin 1997, n° 73).
- Fleming, John. «Tort in a Contractual Matrix» (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269.
- Klar, Lewis. «Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors». In Lewis Klar, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1977.
- Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- Tetley, William. «A Definition of Canadian Maritime Law» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137.
- Williams, Glanville. *Joint Torts and Contributory Negligence: A Study of Concurrent Fault in Great Britain, Ireland and the Common-Law Dominions*. London: Stevens & Sons, 1951.

POURVOI et POURVOIS INCIDENTS contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, 405 A.P.R. 92, 126 D.L.R. (4th) 1, 21 B.L.R. (2d) 265, [1995] N.J. n° 150 (QL), qui a infirmé une décision de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, 369 A.P.R. 271, [1994] N.J. n° 121 (QL) et (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, 373 A.P.R. 228, qui avait rejeté la demande d'indemnisation des demanderes. Pourvoi et pourvois incidents autres que celui de SJSL rejetés. Pourvoi incident de SJSL accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents.

Anthony J. Jordan, c.r., Eric P. Groody et Susan M. Purcell, pour Husky Oil Operations Ltd.

W. Ian C. Binnie, c.r., Harry Underwood, Bonita Croft et Camille A. Nelson, pour Bow Valley Industries Ltd.

Michael F. Harrington, Q.C., and Colm St. R. Seviour, for Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.

J. Edgar Sexton, Q.C., John F. Rook, Q.C., Stephen J. May and Donald D. Hanna, for Saint John Shipbuilding Limited.

W. Wylie Spicer, Q.C., and Aidan J. Meade, for Raychem Canada Limited and Raychem Corporation.

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part) —

I. Introduction

¹ On April 21, 1987, a fire broke out on the Bow Drill III, which was drilling for oil on the Grand Banks of Newfoundland. The Bow Drill III suffered major damage. Extensive repairs were required and the companies which had contracted for the lease of the rig suffered financial loss while it was out of commission. At issue in this appeal is the legal responsibility for the damages and the extent of the damages recoverable. Among the more interesting legal issues are the applicability of contributory negligence principles under Canadian maritime law and the recovery of damages for contractual relational economic loss.

II. Facts

² In the early 1980s, Husky Oil Operations Ltd. (“HOOL”) and Bow Valley Industries Ltd. (“BVI”) decided to take advantage of a drilling opportunity off the east coast of Canada. They purchased one oil rig and made arrangements to have two others constructed. To this end, a subsidiary of BVI contracted with Saint John Shipbuilding Limited (“SJSJL”) for the construction of the drilling rig Bow Drill III.

Michael F. Harrington, c.r., et Colm St. R. Seviour, pour Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.

J. Edgar Sexton, c.r., John F. Rook, c.r., Stephen J. May et Donald D. Hanna, pour Saint John Shipbuilding Limited.

W. Wylie Spicer, c.r., et Aidan J. Meade, pour Raychem Canada Limited et Raychem Corporation.

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie) —

I. Introduction

Le 21 avril 1987, un incendie s’est déclaré à bord de la plate-forme de forage Bow Drill III, utilisée pour la recherche de pétrole sur les Grands Bancs de Terre-Neuve. La plate-forme a subi des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes, et les sociétés qui l’avaient louée par contrat ont subi une perte financière pendant qu’elle était hors-service. Le présent pourvoi consiste à déterminer qui est responsable en droit des dommages et quelle est l’étendue des dommages indemnifiables. Parmi les points de droit soulevant le plus d’intérêt, mentionnons l’applicabilité des principes de la négligence contributive en droit maritime canadien et l’indemnisation des dommages en cas de perte économique relationnelle découlant d’un contrat.

II. Les faits

Au début des années 1980, la société Husky Oil Operations Ltd. («HOOL») et la société Bow Valley Industries Ltd. («BVI») ont décidé de profiter des possibilités de forage qui s’offraient à elles au large de la côte est du Canada. Elles ont acheté une plate-forme pétrolière et pris des dispositions pour en faire construire deux autres. À cette fin, une filiale de BVI a passé un contrat avec la société Saint John Shipbuilding Limited («SJSJL») pour la construction de la plate-forme de forage Bow Drill III.

In order to take advantage of Export Development Corporation financing, HOOL and BVI incorporated an offshore company, Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. ("BVHB"). Before construction of Bow Drill III began, ownership of the rig was transferred to BVHB, and the contract with SJSJL for the construction of the rig was assigned to BVHB. HOOL and BVI entered into contracts with BVHB for the hire of Bow Drill III to conduct drilling operations at sites chosen by HOOL and BVI. These contracts were for four years (with an optional extension for a further year), and provided that HOOL and BVI would continue to pay day rates to BVHB in the event that the rig was out of service.

A heat trace system was required in order to prepare the rig for winter operation. The purpose of a heat trace system is to prevent the rig's pipes or "mud lines" from freezing. The heat trace system SJSJL originally started to install was changed to the Raychem system at the owner's request. BVHB chose the Raychem system after consultation with Raychem representatives because it had a self-regulating heater. Raychem's heat trace system used Thermaclad wrap to keep moisture from the insulation and heat trace wire. The specifications for the Raychem heat trace system required the installation of a ground fault circuit breaker ("GFCB") system. The purpose of the GFCB system was to cut off the power in the event of an electrical fault, to prevent arcing of the heat trace wire. The GFCB system initially installed by SJSJL was unsuitable. A functioning GFCB system was not installed on the rig until after the incident that forms the basis of this case.

On April 21, 1987, during the drilling of an exploratory well on the Grand Banks of Newfoundland, a fire broke out on Bow Drill III. The

Dans le but de tirer avantage du financement de la Société pour l'expansion des exportations, HOOL et BVI ont constitué, à l'étranger, une société appelée Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. («BVHB»). Avant le début des travaux de construction de la plate-forme Bow Drill III, la propriété de celle-ci a été transférée à BVHB, et le contrat passé avec SJSJL pour la construction de la plate-forme a été cédé à BVHB. HOOL et BVI ont conclu des contrats avec BVHB pour la location de la plate-forme Bow Drill III en vue d'opérations de forage sur des sites choisis par les premières. Il s'agissait de contrats d'une durée de quatre ans (assortis d'une possibilité de prolongation pour une année supplémentaire), qui stipulaient que HOOL et BVI continueraient de payer un taux journalier à BVHB dans le cas où la plate-forme serait hors-service.

Il fallait installer un système de réchauffage des conduites afin de préparer la plate-forme pour l'hiver. Un tel système vise à empêcher les tuyaux de la plate-forme ou «conduites de boue» flexibles de geler. Celui que SJSJL avait commencé à installer à l'origine a été remplacé par le système de la société Raychem («Raychem») à la demande du propriétaire. BVHB a choisi ce système après avoir consulté des représentants de Raychem parce qu'il était muni d'un réchauffeur autoréglable. Le système de réchauffage des conduites de Raychem utilisait le revêtement Thermaclad pour protéger de l'humidité l'isolant et le câble de réchauffage des conduites. Les caractéristiques techniques du système de réchauffage des conduites de Raychem exigeaient l'installation d'un système de disjoncteur de fuite à la terre «DFT». Ce système DFT avait pour but de couper le courant en cas de défektivité du système électrique afin d'éviter que le câble de réchauffage des conduites ne provoque des arcs électriques. Le système DFT installé initialement par SJSJL ne convenait pas. C'est seulement après l'incident à l'origine de la présente affaire qu'on a installé sur la plate-forme un système DFT efficace.

Le 21 avril 1987, pendant le forage d'un puits d'exploration sur les Grands Bancs de Terre-Neuve, un incendie s'est déclaré à bord de la plate-

3

4

5

fire caused damage to a tray of cables that held in excess of 300 electrical and communications cables. As a result, the rig had to be towed to port for repairs and was out of service for several months.

forme de forage Bow Drill III. L'incendie a causé des dommages à un chemin de câbles qui portait plus de 300 câbles électriques et de transmission. Par conséquent, la plate-forme a dû être remorquée jusqu'au port pour être réparée et elle a été hors-service durant plusieurs mois.

6 BVHB, HOOL and BVI commenced an action against SJSL alleging breach of contract and negligence, and an action against Raychem for negligence. BVHB claimed both for the cost of the repairs to the rig and for the revenue lost as a result of the rig being out of service for several months. HOOL and BVI sought to recover the day rates that they were contractually required to pay to BVHB during the period the rig was out of service, as well as expenses they incurred for supplies to the rig, including food, drilling mud and additional equipment.

BVHB, HOOL et BVI ont pris action contre SJSL pour négligence et rupture de contrat et contre Raychem pour négligence. BVHB a réclamé à la fois le coût des réparations effectuées sur la plate-forme et la perte de revenus découlant de la mise hors-service de la plate-forme durant plusieurs mois. HOOL et BVI ont demandé d'être indemnisées du taux journalier qu'elles avaient été tenues, en vertu du contrat, de payer à BVHB pendant que la plate-forme était hors-service, ainsi que des dépenses qu'elles avaient faites pour approvisionner la plate-forme, notamment en nourriture, en boue de forage et en matériel supplémentaire.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division*

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve*

7 At trial (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, Riche J. held that the fire started when an electrical fault occurred in the heat trace wire, causing an arc in the heat trace system. The arcing occurred because no GFCB system was being used at that time. Riche J. held that it was likely the Thermaclad caught fire, which then caused an oily residue on the cables to catch fire. He concluded that as the fire spread much more than would be expected with Thermaclad alone, the fire must have been assisted by residue in the cable tray. Riche J. determined that the plaintiffs had not proven that the heat tracing and wrap on the pipe had been installed by SJSL or Raychem.

Au procès (1994), 118 Nfld. & P.E.I.R. 271, le juge Riche a statué que l'incendie avait commencé lorsqu'une défectuosité du système électrique s'était produite dans le câble de réchauffage des conduites, causant un arc électrique dans le système de réchauffage des conduites. L'arc électrique s'était produit parce qu'aucun système DFT n'était utilisé à l'époque. Le juge Riche a conclu qu'il était probable que le Thermaclad avait pris feu, ce qui avait amené un résidu d'huile se trouvant sur les câbles à prendre feu à son tour. Comme la croissance du foyer était très supérieure à celle à laquelle on se serait attendu s'il avait été alimenté par le Thermaclad seulement, il a conclu que la présence du résidu dans le chemin de câbles avait dû contribuer à l'incendie. Le juge Riche a décidé que les demanderesses n'avaient pas prouvé que le système de réchauffage des conduites et le revêtement enveloppant les tuyaux avaient été installés par SJSL ou Raychem.

Riche J. found that BVHB had assumed responsibility for the installation of a functioning GFCB system, and that BVHB was negligent: in continuing to operate the heat tracing system without ground fault protection; in allowing the cables to accumulate the oily residue; and, in the absence of evidence that the fault for the arcing rested on someone else, for the defects in the wire or junction box that had caused the arc. Riche J. found that HOOL and BVI shared in the contributory negligence of BVHB as they were informed during construction of the need for ground fault protection. Alternatively, had HOOL and BVI not known of the need for ground fault protection, Riche J. would have found them negligent on the ground that BVHB, HOOL and BVI were involved in a joint venture.

Riche J. found that all parties were aware of the inflammability of the Thermaclad. He held that the defendant SJSL was liable in contract and tort for failing to provide certificates of approval for the Thermaclad, and in tort for breach of duty to warn of the inflammability of Thermaclad. He also held that the defendant Raychem was liable in tort for breach of its duty to warn. He found that the contract between SJSL and BVHB did not negate BVHB's right to sue for negligence or breach of contract for failure to provide certificates of approval for Thermaclad, or for negligent failure to warn. Riche J. went on to hold that the major fault lay with BVHB for its operation of the heat trace system without a functioning GFCB system. It knew that arcing could occur and that it could cause fires. Moreover, it kept the heat trace system on, even when it might not have been required, despite incidents of arcing on the heat trace wires. In the result, Riche J. apportioned the fault 60 percent to the plaintiffs and 40 percent to SJSL and

Le juge Riche a dit que BVHB avait assumé la responsabilité de l'installation d'un système DFT efficace et qu'elle avait été négligente en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites sans la protection d'un disjoncteur de fuite à la terre ainsi qu'en permettant l'accumulation d'un résidu d'huile sur les câbles, et en l'absence d'une preuve établissant que l'arc électrique était imputable à la faute de quelqu'un d'autre, relativement aux déficiences du câble ou de la boîte de jonction qui avaient été à l'origine de l'arc électrique. Le juge Riche a statué que HOOL et BVI avaient participé à la négligence contributive de BVHB, car elles avaient été informées, au cours de la construction, de la nécessité de recourir à la protection d'un disjoncteur de fuite à la terre. Subsidiairement, si HOOL et BVI n'avaient pas été au courant de la nécessité de recourir à la protection d'un tel disjoncteur, le juge Riche aurait conclu à leur négligence pour le motif que BVHB, HOOL et BVI participaient à une entreprise conjointe.

Le juge Riche a conclu que toutes les parties étaient au courant de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a retenu la responsabilité contractuelle et délictuelle de la défenderesse SJSL pour le motif qu'elle n'a pas fourni de certificats d'approbation concernant le Thermaclad et, il a reconnu sa responsabilité délictuelle parce qu'elle a manqué à l'obligation de prévenir les parties concernées de l'inflammabilité du Thermaclad. Il a également conclu à la responsabilité délictuelle de la défenderesse Raychem parce qu'elle a manqué à son obligation de mise en garde. Il a jugé que le contrat entre SJSL et BVHB ne faisait pas échec au droit de BVHB d'intenter des poursuites pour négligence ou rupture de contrat en raison du défaut de fournir des certificats d'approbation à l'égard du Thermaclad ou pour défaut par négligence de faire une mise en garde. Le juge Riche a ensuite conclu qu'il fallait imputer la faute principale à BVHB qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans un système DFT efficace. Elle savait qu'il pouvait se produire un arc électrique susceptible de causer un incendie. De plus, elle a laissé fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque cela n'était peut-être pas

Raychem. He did not award damages for breach of contract.

nécessaire, malgré le fait que des arcs électriques s'étaient produits sur les câbles de réchauffage des conduites. Le juge Riche a donc réparti la faute dans une proportion de 60 pour 100 aux demanderessees et de 40 pour 100 à SJSJ et à Raychem. Il n'a pas accordé de dommages-intérêts pour rupture de contrat.

¹⁰ However, Riche J. dismissed the plaintiffs' claim on the ground that the case arose out of negligence at sea and was governed by Canadian maritime law, which precluded application of the Newfoundland *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, c. C-33, and made contributory negligence a bar to recovery. In supplementary reasons, (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, Riche J. held that if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did apply, he would have apportioned the liability of Raychem and SJSJ equally, making each 20 percent responsible.

Toutefois, le juge Riche a débouté les demanderessees pour le motif que l'affaire résultait d'une négligence commise en mer et était régie par le droit maritime canadien, ce qui excluait l'application de la *Contributory Negligence Act*, R.S.N. 1990, ch. C-33, de Terre-Neuve, et faisait de la négligence contributive une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation. Dans des motifs supplémentaires, (1994), 120 Nfld. & P.E.I.R. 228, le juge Riche a statué que, si la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve s'était appliquée, il aurait réparti la responsabilité également entre Raychem et SJSJ, c'est-à-dire en leur imputant chacune 20 pour 100.

B. Newfoundland Court of Appeal

B. La Cour d'appel de Terre-Neuve

¹¹ The Newfoundland Court of Appeal, (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, *per* Cameron J.A., began by finding that the trial judge's conclusions with respect to the origins of the fire should not be disturbed. However, it rejected the trial judge's conclusion that there was a joint venture between HOOL and BVI with respect to the Bow Drill III, and held further there was no basis for lifting the corporate veil and denying the separate legal identities of the three corporations.

La Cour d'appel de Terre-Neuve (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, sous la plume du juge Cameron, a d'abord statué que les conclusions du juge de première instance relativement à l'origine de l'incendie ne devraient pas être modifiées. Cependant, elle a rejeté sa conclusion qu'il existait une entreprise conjointe entre HOOL et BVI en ce qui concerne la plate-forme de forage Bow Drill III, et elle a en outre déclaré que rien ne justifiait de lever le voile de la personnalité morale et de nier l'identité juridique distincte des trois sociétés.

¹² Cameron J.A. upheld the trial judge's finding that BVHB had been contributorily negligent, although she rejected Riche J.'s finding that BVHB was negligent with respect to the existence of the oily residue on the cables. She held that the damage suffered by BVHB was a reasonably foreseeable consequence of BVHB's failure to use a GFCB system.

Le juge Cameron a confirmé la conclusion tirée par le juge de première instance, qui a reconnu la négligence contributive de BVHB, mais elle a rejeté sa conclusion voulant que BVHB ait fait preuve de négligence relativement à l'existence du résidu d'huile sur les câbles. Elle a statué que les dommages subis par BVHB étaient une conséquence raisonnablement prévisible de la non-utilisation par BVHB d'un système DFT.

¹³ With respect to SJSJ's failure to provide certificates of approval, Cameron J.A. held that through

Quant au défaut de SJSJ de fournir des certificats d'approbation, le juge Cameron a conclu que,

an exchange of letters and cheques in November 1985, the parties had reached an accord and satisfaction disposing of their respective rights under the contract. Therefore, BVHB had no basis for a claim of breach of contract. Cameron J.A. declined to disturb the trial judge's finding that BVHB's representatives made the decision to use the Raychem system, including the Thermaclad. It followed that Thermaclad was "owner directed supply" for which the contract excluded recovery. Cameron J.A. further held that SJSL's provision of Thermaclad was not a negligent act.

Cameron J.A. confirmed that both Raychem and SJSL had a duty to warn BVHB about the inflammability of Thermaclad, and that the duty had not been discharged. She rejected Raychem's argument that it could rely on the learned intermediary exception. Although Raychem and SJSL had no duty to warn HOOL or BVI, SJSL and Raychem owed HOOL and BVI a duty of care that was breached by their failure to warn BVHB. However, because the loss suffered by HOOL and BVI was economic in nature, it was not recoverable.

Despite reversing some of the trial judge's findings with respect to liability, the Court of Appeal did not consider it necessary to change his apportionment of liability.

The Court of Appeal agreed with Riche J. that maritime law applied. Nevertheless it held that provincial negligence legislation applied to maritime cases in some situations, including this case. Alternatively, if the Newfoundland *Contributory Negligence Act* did not apply, the court held that maritime law no longer made contributory negligence a bar to recovery. In the result, BVHB was

par un échange de lettres et de chèques en novembre 1985, il y avait eu accord et satisfaction entre les parties réglant la question de leurs droits respectifs en vertu du contrat. Par conséquent, BVHB n'était nullement justifiée de prétendre qu'il y avait eu rupture de contrat. Le juge Cameron a refusé de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle les représentants de BVHB avaient décidé d'utiliser le système de Raychem, y compris le Thermaclad. En conséquence, le Thermaclad était du «matériel imposé par le propriétaire» pour lequel le contrat excluait toute indemnisation. Le juge Cameron a de plus statué que la fourniture du Thermaclad par SJSL n'était pas un acte négligent.

Le juge Cameron a confirmé que tant Raychem que SJSL avaient l'obligation de mettre BVHB en garde contre l'inflammabilité du Thermaclad et qu'elles ne s'étaient pas acquittées de cette obligation. Elle a rejeté l'argument de Raychem selon lequel cette dernière pouvait invoquer l'exception fondée sur l'intermédiaire compétent. Même si Raychem et SJSL n'étaient pas tenues de mettre en garde HOOL ni BVI, les premières avaient envers les secondes une obligation de diligence qui n'a pas été respectée en raison de leur omission de mettre BVHB en garde. Cependant, comme la perte subie par HOOL et BVI était de nature économique, elle ne pouvait donner lieu à indemnisation.

Même si elle a infirmé certaines des conclusions du juge de première instance relativement à la responsabilité, la Cour d'appel n'a pas estimé nécessaire de modifier la façon dont il avait réparti la responsabilité.

La Cour d'appel a convenu avec le juge Riche que le droit maritime s'appliquait. Néanmoins, elle a conclu que la législation provinciale relative à la négligence s'appliquait aux affaires maritimes dans certaines situations, dont le présent cas. Subsidiairement, pour le cas où la *Contributory Negligence Act* de Terre-Neuve ne s'appliquerait pas, la cour a statué que la négligence contributive ne constituait plus une fin de non-recevoir à toute demande d'indemnisation en droit maritime. Par conséquent, elle a jugé que BVHB avait le droit d'être indem-

14

15

16

held entitled to recover 40 percent of its loss from SJSL and Raychem.

IV. Issues

17

(1) Are the defendants liable to the plaintiffs in tort?

(a) Did the circumstances impose on SJSL and Raychem a duty to warn BVHB of the risks associated with using Thermaclad?

(b) Was SJSL's duty to warn excluded by its contract with BVHB?

(c) Is Raychem entitled to rely on the "learned intermediary" defence?

(d) Is causation established?

(e) How should fault be allocated between SJSL and Raychem?

(f) Did SJSL and Raychem owe BVI and HOOL a duty to warn? (Recovery of contractual relational economic loss)

(g) Was BVHB contributorily negligent?

(h) Does BVHB's contributory negligence bar its claims?

(2) Is SJSL liable to BVHB in contract?

V. Are the Defendants Liable to the Plaintiffs in Tort?

A. *Did the Circumstances Impose on SJSL and Raychem a Duty to Warn BVHB of the Risks Associated With Using Thermaclad?*

18

SJSL and Raychem submit that the Court of Appeal erred in finding that they were under a duty to warn BVHB of the dangers of Thermaclad.

nisée par SJSL et Raychem de 40 pour 100 de sa perte.

IV. Les questions en litige

(1) Les défenderesses sont-elles responsables envers les demandereses en matière délictuelle?

a) Dans les circonstances, SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad?

b) L'obligation de mise en garde de SJSL était-elle écartée en raison du contrat conclu avec BVHB?

c) Raychem a-t-elle le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur «l'intermédiaire compétent»?

d) A-t-on prouvé l'existence d'un lien de causalité?

e) Comment faudrait-il répartir la faute entre SJSL et Raychem?

f) SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre en garde HOOL et BVI? (Indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat)

g) Y a-t-il eu négligence contributive de BVHB?

h) La négligence contributive de BVHB constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations?

(2) SJSL est-elle responsable envers BVHB en matière contractuelle?

V. Les défenderesses sont-elles responsables envers les demandereses en matière délictuelle?

A. *Dans les circonstances, SJSL et Raychem avaient-elles l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad?*

SJSL et Raychem soutiennent que la Cour d'appel a fait erreur en concluant qu'elles avaient l'obligation de mettre BVHB en garde contre les

SJSL argues that in order for a duty to warn to arise, there must be an “informational imbalance” between the manufacturer or supplier and the party who is owed the warning. SJSL submits that the plaintiff BVHB knew as much about the inflammability of the Thermaclad as it did.

The law may be simply stated. Manufacturers and suppliers are required to warn all those who may reasonably be affected by potentially dangerous products: *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569, and *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634. This duty extends even to those persons who are not party to the contract of sale: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189. The potential user must be reasonably foreseeable to the manufacturer or supplier — manufacturers and suppliers (including a builder-supplier like SJSL) do not have the duty to warn the entire world about every danger that can result from improper use of their product.

The plaintiff BVHB was clearly within the class of persons that SJSL and Raychem ought to have known might reasonably be affected by the use of Thermaclad. SJSL was in a contractual relationship with BVHB, and Raychem had directly approached BVHB’s predecessor (a subsidiary of BVI) to encourage the use of its products in the construction of the rig.

The defendant SJSL submits that there is an additional requirement for a duty to warn: a knowledge imbalance between the manufacturer or supplier and the consumer. It goes on to argue that since BVHB knew about the inflammability of Thermaclad no duty to warn arose. The Court of Appeal held that knowledge may be a defence, but only where the plaintiff can be viewed as accepting the risk (*volenti non fit injuria*).

dangers du Thermaclad. Selon SJSL, pour que cette obligation prenne naissance, il doit exister un «déséquilibre informationnel» entre le fabricant ou le fournisseur et la partie à laquelle doit être faite la mise en garde. SJSL affirme que la demanderesse BVHB en savait autant qu’elle sur l’inflammabilité du Thermaclad.

Le droit peut être énoncé de façon simple sur ce point. Les fabricants et les fournisseurs ont l’obligation de mettre en garde tous ceux qui peuvent être raisonnablement concernés par des produits potentiellement dangereux: *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569, et *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634. Cette obligation s’étend même aux personnes qui ne sont pas parties au contrat de vente: *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189. Le fabricant ou le fournisseur doit pouvoir raisonnablement prévoir qui sera l’utilisateur — les fabricants et les fournisseurs (y compris un constructeur-fournisseur comme SJSL) n’ont pas l’obligation de mettre en garde le monde entier contre tout danger susceptible de résulter d’un usage inapproprié de leur produit.

La demanderesse BVHB faisait manifestement partie de la catégorie des personnes qui, comme SJSL et Raychem auraient dû le savoir, pouvaient raisonnablement être concernées par l’utilisation du Thermaclad. SJSL avait des rapports contractuels avec BVHB, et Raychem avait communiqué directement avec la société remplacée par BVHB (une filiale de BVI) pour l’inciter à utiliser ses produits durant la construction de la plate-forme.

La défenderesse SJSL soutient qu’une autre condition doit être remplie pour faire naître l’obligation de mise en garde: il doit y avoir un déséquilibre informationnel entre le fabricant ou le fournisseur et le consommateur. Elle prétend également que, comme BVHB était au courant de l’inflammabilité du Thermaclad, aucune obligation de mise en garde n’a pris naissance. La Cour d’appel a jugé que la connaissance peut constituer un moyen de défense, mais seulement lorsqu’il est possible de considérer que le demandeur a accepté le risque (*volenti non fit injuria*).

19

20

21

22

I agree with the Court of Appeal that knowledge that there may be a risk in some circumstances does not negate a duty to warn. Liability for failure to warn is based not merely on a knowledge imbalance. If that were so every person with knowledge would be under a duty to warn. It is based primarily on the manufacture or supply of products intended for the use of others and the reliance that consumers reasonably place on the manufacturer and supplier. Unless the consumer's knowledge negates reasonable reliance, the manufacturer or supplier remains liable. This occurs where the consumer has so much knowledge that a reasonable person would conclude that the consumer fully appreciated and willingly assumed the risk posed by use of the product, making the maxim *volenti non fit injuria* applicable: *Lambert, supra*.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le fait de savoir qu'il peut exister un risque dans certaines circonstances ne supprime pas l'obligation de mise en garde. La responsabilité pour manquement à l'obligation de mise en garde n'est pas fondée uniquement sur le déséquilibre informationnel. Si tel était le cas, toute personne possédant de l'information serait soumise à une obligation de mise en garde. Cette responsabilité prend appui principalement sur la fabrication ou la fourniture de produits destinés à l'usage d'autrui et sur la confiance légitimement accordée au fabricant et au fournisseur par le consommateur. À moins que les connaissances du consommateur n'écartent cette confiance, le fabricant ou le fournisseur reste responsable. C'est le cas lorsque le consommateur est à ce point renseigné qu'une personne raisonnable conclurait qu'il a pleinement apprécié et volontairement accepté le risque que présentait l'utilisation du produit, rendant ainsi applicable la maxime *volenti non fit injuria*: *Lambert, précité*.

23

The evidence establishes that the plaintiff BVHB knew that Thermaclad would burn under some circumstances. The defendants SJSL and Raychem, however, had much more detailed knowledge of the specific inflammability characteristics of the Thermaclad. Raychem gained this knowledge through its own testing as manufacturer. SJSL gained it through its request to Raychem for information on Thermaclad's inflammability. BVHB did not have the degree of knowledge necessary to negate reliance on SJSL and Raychem. SJSL and Raychem did not demonstrate that BVHB accepted the risk of using Thermaclad. It follows that both SJSL and Raychem owed BVHB a duty to warn, subject to the special defences raised by SJSL and Raychem, to which I now turn.

Il ressort de la preuve que la demanderesse BVHB savait que le Thermaclad brûle dans certaines circonstances. Cependant, les défenderesses SJSL et Raychem possédaient des connaissances beaucoup plus précises sur les caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad. Raychem les a acquises en effectuant ses propres essais en tant que fabricant. SJSL s'est renseignée en demandant à Raychem de lui fournir de l'information sur l'inflammabilité du Thermaclad. BVHB ne possédait pas suffisamment de connaissances pour exclure la confiance mise en SJSL et Raychem. SJSL et Raychem n'ont pas montré que BVHB avait accepté le risque que présentait l'utilisation du Thermaclad. Il s'ensuit que SJSL et Raychem étaient toutes deux tenues d'une obligation de mise en garde au profit de BVHB, sous réserve des moyens de défense particuliers soulevés par SJSL et Raychem, que je vais maintenant examiner.

B. *Was SJSL's Duty to Warn Excluded by Its Contract With BVHB?*

B. *L'obligation de mise en garde de SJSL était-elle écartée en raison du contrat conclu avec BVHB?*

24

SJSL argues that any duty to warn BVHB which might otherwise arise from the circumstances is

SJSL soutient que toute obligation de mettre en garde BVHB qui pourrait par ailleurs naître dans

negated by the contract between them. The trial judge rejected this submission, as did the Court of Appeal, on the ground that the contract provisions did not deal with or impact on SJSL's duty to warn. I agree.

SJSL relies on clauses 702, 905 and 907 of its contract with BVHB. Clause 702, under Article VII (Inspection), stipulates that upon delivery SJSL's "sole obligation with respect to the Vessel shall be as specified in Article IX" (Warranties). Clause 905 excludes claims for defects except as provided in the warranty provision:

905. The remedies provided in this Article are exclusive, and Builder shall have no liability whatever for any consequential loss, damage or expense arising from any defects.

Finally, clause 907 excludes liability for "owner directed supply":

907. Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof in accordance with the certified equipment drawings and manuals furnished by the supplier in those instances where such equipment is actually installed by Builder. In all other instances, the sole risk and responsibility for Owner Directed Supply shall, as between Builder and Owner, be borne by Owner.

While BVHB's claim sounds in tort, the contract remains relevant to determining whether a tort duty arises, and if so, its scope. As this Court stated in *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, *per* La Forest and McLachlin JJ., parties are free to contract "to limit or waive the duties which the common law would impose on them for negligence" (pp. 26-27). However, "[i]n so far as the tort duty is not contradicted by the

les circonstances est annihilée par le contrat entre les parties. Le juge de première instance a rejeté cet argument, tout comme la Cour d'appel, pour le motif que les clauses du contrat ne traitaient pas de l'obligation de mise de garde de SJSL et n'avaient aucune incidence sur cette obligation. Je suis d'accord.

SJSL s'appuie sur les clauses 702, 905 et 907 de son contrat avec BVHB. La clause 702, qui figure à l'article VII (Inspection), stipule qu'au moment de livraison, la [TRADUCTION] «seule obligation de [SJSL] en ce qui concerne le bâtiment est celle précisée à l'article IX» (Garanties). La clause 905 limite les réclamations pour vices à celles qui sont prévues dans la disposition relative aux garanties:

[TRADUCTION]

905. Les recours prévus au présent article sont exclusifs, et le constructeur n'assume aucune responsabilité en cas des pertes, frais ou dommages indirects découlant de quelque vice que ce soit.

Enfin, la clause 907 exclut toute responsabilité à l'égard du «matériel imposé par le propriétaire»:

[TRADUCTION]

907. La responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation conformément aux plans et aux manuels certifiés concernant l'équipement remis par le fournisseur dans les cas où cet équipement est effectivement installé par le constructeur. Dans tous les autres cas, c'est le propriétaire qui supporte seul les risques et la responsabilité — entre le constructeur et le propriétaire — relativement au matériel imposé par le propriétaire.

Bien que la réclamation de BVHB soit fondée sur les règles de la responsabilité délictuelle, le contrat reste pertinent pour déterminer s'il existe une obligation en matière délictuelle et, si oui, quelle est son étendue. Comme notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12 (les juges La Forest et McLachlin), les parties peuvent passer un contrat pour «limiter les obligations que la common law leur impose en matière de négligence, ou renoncer à celles-ci» (p. 27). Cependant, «[d]ans la mesure où le contrat ne déroge pas à l'obligation en

contract, it remains intact and may be sued upon” (p. 27).

27 To borrow the language of *La Forest J.* in *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 327, tort liability in a case such as this falls to be assessed in a contractual matrix. The parties’ planned obligations must be given appropriate pre-eminence. Where those planned obligations negate tort liability, contract “trumps” tort: see *J. Fleming*, “Tort in a Contractual Matrix” (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269, at p. 270, citing *P. Cane*, *Tort Law and Economic Interests* (1991), at p. 293. It follows that a tort claim cannot be used to escape an otherwise applicable contractual exclusion or limitation clause: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147.

28 In order to determine the extent to which the parties’ planned obligations affect their tort liabilities, it is necessary to ascertain the intention of the parties with respect to the particular issue from the contract documents as a whole: *BG Checo*, *supra*. In doing so, it must be kept in mind that generally limitation and exclusion clauses are strictly construed against the party seeking to invoke the clause: see e.g. *Hunter Engineering Co. v. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 426, *per Wilson J.*, at p. 497.

29 The provisions of the contract relied on by SJSL do not directly address responsibility for negligence or duty to warn. While the absence of a term expressly excluding tort liability is not determinative, the contract provisions, considered as a whole, relate to the finding of and responsibility for defects. They function, as the label of Article IX states, as a “warranty” of workmanship and materials. More specifically, clauses 702, 905 and 907, taken in combination, provide that in situations of “owner directed supply”, SJSL bears the

responsabilité délictuelle, celle-ci demeure intacte et elle ouvre droit à un recours» (p. 27).

Pour utiliser les termes du juge *La Forest* dans l’arrêt *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299, à la p. 327, dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, on tend à évaluer la responsabilité délictuelle dans un cadre contractuel. Il faut accorder la prééminence appropriée aux obligations prévues par les parties. Lorsque ces obligations écartent toute responsabilité délictuelle, le contrat [TRADUCTION] «l’emporte sur» le délit: voir *J. Fleming*, «Tort in a Contractual Matrix» (1993), 5 *Canterbury L. Rev.* 269, à la p. 270, qui cite *P. Cane*, *Tort Law and Economic Interests* (1991), à la p. 293. Il s’ensuit que la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle ne peut pas être utilisée pour échapper à une clause contractuelle exclusive ou limitative de responsabilité par ailleurs applicable: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147.

Pour établir dans quelle mesure les obligations prévues par les parties influent sur leur responsabilité délictuelle, il faut dégager de l’ensemble des documents contractuels l’intention des parties en ce qui concerne la question particulière en jeu: *BG Checo*, précité. Ce faisant, il ne faut pas oublier que, généralement, les clauses de limitation ou d’exclusion sont interprétées de façon stricte à l’encontre de la partie qui les invoque: voir, *per ex.*, *Hunter Engineering Co. c. Syncrude Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 426, le juge *Wilson*, à la p. 497.

Les clauses du contrat sur lesquelles s’appuie SJSL ne traitent pas directement de la responsabilité fondée sur la négligence ni de l’obligation de mise en garde. Bien que l’absence d’une condition excluant expressément la responsabilité délictuelle ne soit pas déterminante, prises dans leur ensemble, les clauses du contrat se rapportent à la constatation des vices et à la responsabilité engagée à ce titre. Elles jouent le rôle d’une «garantie» quant à la fabrication et aux matériaux, comme le mentionne l’article IX. Plus précisément, les clauses 702, 905 et 907, prises ensemble, prévoient que, dans le cas du «matériel imposé par le proprié-

responsibility for installation while BVHB bears the responsibility for defects.

Warranties usually relate to the quality of goods and workmanship and do not relate to warnings about the risks associated with the use of products. In *University of Regina v. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1, a majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed a contractor's argument that a one-year warranty it gave to the owner excluded any liability that it might have in tort. In concluding that a warranty does not necessarily exclude tort liability, Sherstobitoff J.A. stated (at pp. 52-53):

There is nothing in a warranty by itself that suggests that further liability should be excluded. The warranty is a bargain that holds the contractor liable irrespective of negligence for a period of time. A tort claim requires proof of negligence. That it should continue beyond the warranty period does not interfere with the legitimate expectations of the parties as to their contractual relationship.

Without concluding decisively that warranty provisions could never negative a duty to warn, it may be noted that we have been referred to no case in which a warranty like that set out in Articles VII and IX was found to limit tort liability for duty to warn.

This case is distinguishable from *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, where a warranty coupled with a provision excluding liability for "all claims by the Owner" except those under the warranty (p. 1351) was held to exclude recovery for negligence in "the performance of the contract" (pp. 1354-55). First, the wording of clause 702 (obligations "with respect to the Vessel") is narrower than the wording of the contract in *Giffels* ("all claims by the Owner"). Second, the claim in *Giffels* was for damage due to faulty workmanship, which was specifically covered by the warranty clauses. The tort claim constituted an attempt to avoid express

taire», SJSL est responsable de l'installation tandis que BVHB est responsable des vices.

Les garanties portent habituellement sur la qualité des marchandises et de leur fabrication et non sur les mises en garde concernant les risques liés à leur utilisation. Dans *University of Regina c. Pettick* (1991), 45 C.L.R. 1, la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté, à la majorité, l'argument avancé par un entrepreneur selon lequel la garantie d'un an qu'il avait donnée au propriétaire excluait toute responsabilité qu'il pouvait avoir en matière délictuelle. Concluant que la garantie n'exclut pas nécessairement la responsabilité délictuelle, le juge Sherstobitoff a déclaré ce qui suit (aux pp. 52 et 53):

[TRADUCTION] La garantie en elle-même n'implique nullement l'exclusion de toute responsabilité supplémentaire. La garantie est un marché par lequel l'entrepreneur engage sa responsabilité pendant une période donnée, sans égard à la négligence. Dans une action en responsabilité délictuelle il faut prouver la négligence. Que cela se poursuive au-delà de la période de garantie ne frustre pas les attentes légitimes des parties relativement à leurs rapports contractuels.

Sans conclure de façon décisive que les clauses relatives à la garantie ne peuvent jamais écarter l'obligation de mise en garde, il convient de souligner qu'on ne nous a cité aucune affaire dans laquelle on aurait statué qu'une garantie analogue à celle énoncée aux articles VII et IX limitait la responsabilité délictuelle fondée sur l'obligation de mise en garde.

La présente affaire se distingue de l'arrêt *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346, où une garantie, conjuguée à une clause stipulant que «le propriétaire renonce à toute réclamation» autre que celles prévues par la garantie (p. 1351), a été considérée comme excluant l'indemnisation pour négligence dans «l'exécution du contrat» (pp. 1354 et 1355). Premièrement, le texte de la clause 702 (obligations «relatives au navire») est plus limitatif que celui du contrat dans l'arrêt *Giffels* («le propriétaire renonce à toute réclamation»). Deuxièmement, dans *Giffels*, la réclamation portait sur les dommages résultant de vices de construction, qui

contractual exclusions, something that cannot be done: see *Central Trust, supra*. BVHB's claim against SJSL, by contrast, is not for negligence relating to the choice of, installation of, or defects in, the Thermaclad or other materials, but for failure to warn of the inflammability of Thermaclad. SJSL's duty to warn arose independently of the contract, through its greater knowledge of the inflammability characteristics of Thermaclad: see e.g. *Rivtow, supra*, at pp. 1207 and 1214, and, more generally, *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87.

étaient expressément couverts par les clauses relatives à la garantie. La réclamation en matière délictuelle constituait une tentative en vue d'éluider les exclusions expressément prévues par le contrat, chose qu'il n'est pas possible de faire: voir *Central Trust*, précité. Par contraste, la réclamation de BVHB contre SJSL n'est pas fondée sur la négligence dans le choix du Thermaclad ou d'autres matériaux, leur installation ou des vices dont ils seraient affectés, mais plutôt sur le défaut de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. L'obligation de mise en garde incombant à SJSL a pris naissance indépendamment du contrat et découlait du fait qu'elle était mieux informée des caractéristiques d'inflammabilité du Thermaclad: voir, par ex., *Rivtow*, précité, aux pp. 1207 et 1214, et, plus généralement, *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87.

32

SJSL places special emphasis on the fact that Thermaclad was "owner directed supply". Clause 907, it submits, excludes all liability for owner-directed supply, including liability for breach of duty to warn of the risks associated with the use of a product. I do not read clause 907 as extending to duty to warn. The starting point in construing clause 907 is that it functions to exclude or exempt from liability. As such, it must be narrowly construed. With this in mind, one turns to the wording and context of the clause 907 exemption. The first thing to note is that it falls under Article IX, entitled "Warranties". This suggests, as argued earlier, that the parties intended clause 907 to apply to defects in materials and workmanship. The words of clause 907 are consistent with this interpretation. The words "owner directed supply" connote goods supplied, not damages that might flow from the inappropriate use of a product. The purpose of owner-directed supply clauses in the context of construction contract warranties is to narrow the scope of the warranty for owner-directed materials or "supply". The builder is not responsible for defects in the materials chosen by the owner, only for defective installation. This is fair, since the owner has directed the use of the materials. In this sense, SJSL limited its liability "for the choice of Thermaclad": *per* Cameron J.A., at p. 114. Through its contract, it stated that it would not be

SJSL insiste tout particulièrement sur le fait que le Thermaclad constituait du «matériel imposé par le propriétaire». La clause 907, soutient-elle, exclut toute responsabilité dans le cas du matériel imposé par le propriétaire, y compris la responsabilité en cas de manquement à l'obligation de mise en garde contre les risques liés à l'utilisation d'un produit. J'estime que la clause 907 ne s'étend pas à l'obligation de mise en garde. Le point de départ de l'interprétation de la clause 907 est qu'elle vise à exclure la responsabilité ou à mettre en œuvre une exemption. Elle doit donc être interprétée de façon stricte. Cela établi, on passe au libellé et au contexte de l'exemption de la clause 907. La première chose qu'il convient de noter est qu'elle figure à l'article IX, intitulé «Garanties». Cela laisse supposer, ainsi qu'il a été avancé précédemment, que les parties entendaient que la clause 907 s'applique aux vices affectant les matériaux et la fabrication. Le libellé de la clause 907 est compatible avec cette interprétation. Les mots «matériel imposé par le propriétaire» suggèrent l'idée de marchandises fournies, non pas de dommages susceptibles de résulter de l'utilisation inadéquate d'un produit. Dans le contexte des garanties prévues par les contrats de construction, les clauses relatives au matériel imposé par le propriétaire ont pour objectif de limiter la portée de la garantie de ces matériaux. Le constructeur n'est pas responsa-

liable for defects in the product supplied. Clause 907, however, does not address the quite different problem of whether, in all the circumstances, SJSL was under a duty to warn BVHB of the fire risks associated with the use of Thermaclad. That duty arose independently of the contract. It is grounded not in the contract but in SJSL's particular knowledge of the inflammability of Thermaclad.

To put it another way, clause 907 addresses defects in products or their installation. If BVHB alleged that the Thermaclad supplied was defective, clause 907 would provide a complete defence. But BVHB does not allege that the Thermaclad supplied was defective. It makes the quite different claim that perfectly sound Thermaclad, properly installed, introduced a risk which SJSL was under a duty to warn it about. To that claim, clause 907 provides no defence.

I conclude that the contractual matrix in which the duty to warn of the inflammability of Thermaclad arose does not negate or "contradict", to use the language of *BG Checo, supra*, that duty. It follows that BVHB was entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn.

C. Is Raychem Entitled to Rely on the "Learned Intermediary" Defence?

Raychem argues that if it owed the plaintiff BVHB a duty to warn, it fulfilled that duty by advising the rig builder, SJSL, that the cladding was inflammable and was not flame retardant. Additional testing by Raychem merely confirmed what it told SJSL. Raychem submits that it is enti-

ble des vices des matériaux choisis par le propriétaire, il répond seulement de leur installation. C'est équitable, puisque c'est le propriétaire qui a ordonné l'utilisation des matériaux. En ce sens, SJSL a limité sa responsabilité [TRADUCTION] «quant au choix du Thermaclad»: le juge Cameron, à la p. 114. Par contrat, elle a stipulé qu'elle ne serait pas responsable des vices affectant le produit fourni. Cependant, la clause 907 n'aborde pas la question tout à fait différente de savoir si, dans les circonstances, SJSL avait l'obligation de mettre BVHB en garde contre les risques liés à l'utilisation du Thermaclad. Cette obligation a pris naissance indépendamment du contrat. Elle est fondée non pas sur le contrat mais sur les renseignements particuliers que possède SJSL sur l'inflammabilité du Thermaclad.

Autrement dit, la clause 907 porte sur les vices des produits ou de leur installation. Si BVHB soutenait que le Thermaclad fourni était affecté d'un vice, la clause 907 fournirait un moyen de défense complet. Mais ce n'est pas ce qu'affirme BVHB. Elle prétend, ce qui est bien différent, que le Thermaclad, en parfait état et installé correctement, présentait un risque contre lequel SJSL avait l'obligation de la mettre en garde. La clause 907 ne fournit aucun moyen de défense contre cette prétention.

Je conclus que le cadre contractuel dans lequel a pris naissance l'obligation de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad ne supprime pas cette obligation et n'y «déroge» pas, pour reprendre les termes utilisés dans l'arrêt *BG Checo*, précité. Il s'ensuit que BVHB avait le droit de poursuivre SJSL en se fondant sur l'obligation de mise en garde en matière délictuelle.

C. Raychem a-t-elle le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'«intermédiaire compétent»?

Raychem soutient que, si elle avait l'obligation de mettre en garde la demanderesse BVHB, elle s'est acquittée de cette obligation en informant SJSL, le constructeur de la plate-forme, que le revêtement était inflammable et n'avait aucune propriété ignifugeante. D'autres essais effectués

33

34

35

tled to rely on the “learned intermediary” defence because SJSL, which was aware of the regulatory requirements, actually had greater knowledge than it about the suitability of Thermaclad, upon which Raychem was entitled to rely. It was up to SJSL, armed as it was with the knowledge of Thermaclad’s inflammability, to take steps to accommodate its proper use or, alternatively, warn BVHB and obtain different instructions. Raychem argues that it is too onerous to expect every supplier of a product used in the construction of a large undertaking such as a drilling rig to advise the ultimate owner. A strict duty to warn should apply only when the product is intended for direct use by the public. Raychem submits that since the Thermaclad was sold to an experienced shipbuilder, not the public, and there was no knowledge imbalance between SJSL and Raychem with respect to the performance of the product, it discharged any duty that it had to warn BVHB by warning SJSL, which was in the position of “learned intermediary” *vis-à-vis* Raychem and BVHB.

par Raychem sont simplement venus confirmer ce qu’elle avait dit à SJSL. Raychem prétend qu’elle a le droit d’invoquer le moyen de défense fondé sur «l’intermédiaire compétent» parce que SJSL, au fait des exigences réglementaires, en connaissait davantage sur la convenance du Thermaclad et qu’elle était fondée à s’appuyer sur cette connaissance. C’est à SJSL, qui était au courant de l’inflammabilité du Thermaclad, qu’il appartenait soit de prendre les mesures nécessaires pour bien l’utiliser, soit de mettre BVHB en garde et d’obtenir des instructions différentes. Raychem affirme que c’est trop exiger du fournisseur d’un produit utilisé dans la construction d’un grand ouvrage comme une plate-forme de forage que de s’attendre à ce qu’il informe le propriétaire final. L’obligation de mise en garde ne devrait être appliquée de façon stricte que dans les cas où le produit est destiné à être utilisé directement par le public. Raychem soutient que, comme le Thermaclad était vendu à un constructeur naval expérimenté et non au public, et qu’il n’existait aucun déséquilibre informationnel entre SJSL et Raychem au sujet de la tenue du produit, elle s’est acquittée de toute obligation de mise en garde qu’elle avait envers BVHB en prévenant SJSL, qui était un «intermédiaire compétent» vis-à-vis de Raychem et de BVHB.

36

In my view, the facts of this case do not fall within the learned intermediary defence. This Court has left open the possibility that a manufacturer might discharge its duty to warn by warning an intermediary: *Hollis, supra*, at p. 659. However, La Forest J., for the majority, made it clear that the rule was an exception to the general rule requiring manufacturers to provide a warning to the ultimate consumers of their product. The exception will generally only apply either where the product is highly technical and is to be used with expert supervision, or where the nature of the product is such that it is unrealistic for the consumer to receive a warning directly from the manufacturer. La Forest J. stated that since the rule operates to discharge the manufacturer’s duty to the ultimate consumer, the intermediary must be “learned” in the sense that its knowledge of the product and its

À mon avis, les faits de l’espèce ne permettent pas d’invoquer le moyen de défense fondé sur l’intermédiaire compétent. Notre Cour n’a pas écarté la possibilité qu’un fabricant s’acquitte de son obligation de mise en garde en prévenant un intermédiaire: *Hollis*, précité, à la p. 659. Cependant, s’exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest a clairement indiqué que la règle constituait une exception à la règle générale voulant que les fabricants mettent le consommateur final en garde contre les dangers que présentent leurs produits. En général, cette exception s’appliquera seulement si le produit a une forte teneur technique et est destiné à être utilisé sous la surveillance d’un expert, ou si la nature du produit est telle qu’il n’est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant. Le juge La Forest a dit que, comme la règle a pour

risks is essentially the same as that of the manufacturer.

Thermaclad was not a highly technical product, nor did its use and application require expert supervision. Nor was it unrealistic to expect Raychem to have warned BVHB, the ultimate consumer, directly. There was direct contact between BVHB and Raychem, independent of SJSL. Raychem actively sought the business of BVHB, and the trial judge found that the Thermaclad was owner-directed supply. In these circumstances Raychem had both the opportunity and the duty to warn BVHB directly. I conclude that Raychem's duty to warn the plaintiffs was not discharged through its communications with SJSL.

D. Is Causation Established?

SJSL submits that if BVHB's knowledge did not negate SJSL's duty to warn, it establishes that the failure to warn did not cause the loss. BVHB, it argues, did not prove that it would have acted differently had it been aware of Thermaclad's true characteristics. BVHB continued to operate the rig without a functioning GFCB system, knowing that the Thermaclad could burn and that there was risk of explosion from arcing. In response, BVHB argues, first, that it is not required to prove that it would have behaved differently had it been warned, and second, that the evidence supports its claim that it would have taken steps to address the risk had it been properly warned.

I am satisfied that causation is established, on either a subjective or an objective standard. There is evidence that had BVHB been aware of Thermaclad's specific inflammability characteris-

effet de permettre au fabricant de s'acquitter de son obligation de mise en garde envers le consommateur final, l'intermédiaire doit être «compétent» en ce sens que sa connaissance du produit et des risques que celui-ci présente doit être essentiellement la même que celle qu'a le fabricant.

Le Thermaclad n'était pas un produit à forte teneur technique, et son utilisation et son application n'exigeaient pas la surveillance d'un expert. Il n'était pas non plus irréaliste de s'attendre à ce que Raychem prévienne directement BVHB, le consommateur final. Il y a eu des contacts directs entre BVHB et Raychem, indépendants de SJSL. Raychem cherchait activement à faire affaires avec BVHB, et le juge de première instance a conclu que le Thermaclad était du matériel imposé par le propriétaire. Dans ces circonstances, Raychem avait à la fois la possibilité et l'obligation de mettre BVHB en garde directement. Je conclus que Raychem ne s'est pas acquittée de son obligation de mise en garde envers les demanderesse dans le cadre de ses communications avec SJSL.

D. A-t-on prouvé l'existence d'un lien de causalité?

SJSL prétend que, si les connaissances de BVHB ne l'ont pas déchargée de l'obligation de mettre en garde cette dernière, elles établissent que le non-respect de cette obligation n'a pas causé la perte. Selon elle, BVHB n'a pas prouvé qu'elle aurait agi différemment si elle avait connu les véritables caractéristiques du Thermaclad. BVHB a continué d'exploiter la plate-forme sans un système DFT efficace, tout en sachant que le Thermaclad pouvait brûler et qu'il y avait un risque d'explosion en cas d'arcs électriques. En réponse, BVHB soutient, premièrement, qu'elle n'a pas à prouver qu'elle se serait comportée différemment si elle avait été mise en garde et, deuxièmement, que la preuve étaye sa prétention selon laquelle elle aurait pris des mesures pour se protéger du risque si elle avait été mise en garde convenablement.

Je suis convaincue que le lien de causalité est établi selon une norme subjective ou une norme objective. Il ressort de la preuve que si BVHB avait été au courant des caractéristiques particu-

37

38

39

tics, it would not have been used, or alternatively, that BVHB would have taken additional steps to compensate for its inflammability. BVHB, in accordance with applicable standards, would not have permitted inflammable materials to be used without careful consideration and investigation into the availability of nonflammable alternatives. I conclude that a reasonable plaintiff or BVHB itself would have either declined to use Thermaclad or taken steps to deal with its inflammability had it been warned. This suffices to meet the argument that the loss was not caused by the defendants' breach of their duty to warn.

E. How Should Fault Be Allocated Between SJSL and Raychem?

40

The next question is how fault should be allocated between SJSL and Raychem. The trial judge, affirmed by the Court of Appeal, apportioned liability equally. SJSL submits that the relative fault of itself and Raychem should have been reapportioned in light of the Court of Appeal's finding that SJSL's failure to provide certificates of approval was not negligent. It argues that Raychem's knowledge of Thermaclad's characteristics was much higher and that Raychem should therefore bear a correspondingly higher degree of fault.

41

There was ample evidence before the trial judge to support his conclusion that the relative fault of Raychem and SJSL was equivalent. Both defendants had a greater degree of knowledge of the risks inherent in the use of Thermaclad than did BVHB. Neither of the defendants communicated or attempted to communicate their knowledge to BVHB. Although SJSL might have had less knowledge of the specific characteristics of Thermaclad, its knowledge of the general regulatory requirements was arguably greater, and it had greater contact with BVHB. I would not interfere with the equal apportionment of fault.

lières d'inflammabilité du Thermaclad, elle aurait pris des mesures supplémentaires pour neutraliser l'inflammabilité. Conformément aux normes applicables, BVHB n'aurait pas permis l'utilisation de matériaux inflammables sans enquêter soigneusement sur l'existence de matériaux de rechange ininflammables. Je conclus que si un demandeur raisonnable ou BVHB elle-même avait été mis en garde, il aurait soit refusé d'utiliser le Thermaclad ou soit pris des mesures concernant l'inflammabilité de ce produit. Cela suffit pour répondre à l'argument selon lequel la perte n'a pas été causée par le manquement des défenderesses à leur obligation de mise en garde.

E. Comment faudrait-il répartir la responsabilité entre SJSL et Raychem?

La question suivante est celle de savoir comment la faute devrait être répartie entre SJSL et Raychem. Le juge de première instance a partagé la responsabilité de façon égale, et sa décision a été confirmée en Cour d'appel. SJSL prétend que le partage de la faute entre elle-même et Raychem aurait dû être modifié à la lumière de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'omission de SJSL de fournir des certificats d'approbation ne constituait pas une négligence. Elle fait valoir que Raychem était davantage au fait des caractéristiques du Thermaclad et qu'elle devrait en conséquence supporter un degré plus élevé de faute.

Il y avait amplement d'éléments de preuve devant le juge de première instance pour étayer sa conclusion que les fautes relatives de Raychem et de SJSL étaient équivalentes. Les deux défenderesses en savaient plus sur les risques inhérents à l'utilisation du Thermaclad que BVHB. Ni l'une ni l'autre des défenderesses n'ont communiqué ni tenté de communiquer leurs connaissances à BVHB. Même si SJSL en savait peut-être moins sur les caractéristiques particulières du Thermaclad, elle avait plus de contacts avec BVHB et il est possible de prétendre qu'elle connaissait mieux les exigences réglementaires générales. Je suis d'avis de ne pas modifier la répartition de la faute en parts égales.

F. *Did SJSL and Raychem Owe BVI and HOOL a Duty to Warn? (Recovery of Contractual Relational Economic Loss)*

(1) The Law

The plaintiffs HOOL and BVI had contracts with BVHB for the use of the rig owned by BVHB. They seek damages for economic loss incurred as a result of the shutdown of the drilling rig during the period it was being repaired. In other words, the plaintiffs HOOL and BVI seek to recover the economic loss they suffered as a result of damage to the property of a third party. This sort of loss is often called “contractual relational economic loss”. The issue is whether the loss suffered by HOOL and BVI is recoverable.

The issue arises because common law courts have traditionally regarded many types of contractual relational economic loss as irrecoverable. The reasons for this were summarized by this Court, *per* Major J., in *D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071. First, economic interests have customarily been seen by the common law courts as less worthy of protection than either bodily security or property. Second, relational economic loss presents the spectre of “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”: *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444, *per* Cardozo C.J. Third, it may be more efficient to place the burden of economic loss on the victim, who may be better placed to anticipate and insure its risk. Fourth, confining economic claims to contract discourages a multiplicity of lawsuits.

F. *SJSL et Raychem avaient-elles l’obligation de mettre en garde HOOL et BVI? (Indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat)*

(1) Le droit

Les demandresses HOOL et BVI avaient passé des contrats avec BVHB pour l’utilisation de la plate-forme lui appartenant. Elles réclament des dommages-intérêts pour la perte économique subie à la suite de l’arrêt d’exploitation de la plate-forme de forage pendant les réparations. Autrement dit, les demandresses HOOL et BVI demandent à être indemnisées de la perte économique qu’elles ont subie à la suite des dommages causés au bien d’un tiers. Cette sorte de perte est souvent désignée sous le nom de «perte économique relationnelle découlant d’un contrat». Il s’agit de savoir si la perte subie par HOOL et BVI peut donner lieu à indemnisation.

La question se pose parce que les tribunaux de common law ont traditionnellement considéré que plusieurs types de perte économique relationnelle découlant d’un contrat ne donnaient pas lieu à indemnisation. Les raisons invoquées ont été résumées par le juge Major, au nom de la Cour, dans l’arrêt *D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071. Premièrement, les tribunaux de common law ont généralement considéré que les intérêts économiques ne méritaient pas la même protection que l’intégrité du corps humain ou les biens. Deuxièmement, la perte économique relationnelle fait apparaître le spectre d’une [TRADUCTION] «responsabilité pour un montant indéterminé, pendant un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée»: *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, le juge en chef Cardozo. Troisièmement, il est peut-être plus efficace de faire assumer le fardeau d’une perte économique par la victime, qui est peut-être mieux placée pour prévoir ce risque et se prémunir contre lui en souscrivant une assurance. Quatrièmement, le fait de limiter les réclamations de nature économique au domaine contractuel décourage la multiplication des poursuites.

42

43

44

In England the situation is clear — no relational economic loss can ever be recovered: *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.). Although *Murphy* concerned the liability of a public authority for approval of a negligently constructed building, not relational economic loss, the House of Lords stipulated that pure economic loss is recoverable only where there is actual physical damage to property of the plaintiff, thus excluding recovery for relational economic loss. In the civil law jurisdictions of Quebec and France, by contrast, the law does not distinguish between loss arising from damage of one's own property and loss arising from damage to the property of another. If civil law judges restrict recovery, it is not as a matter of law, but on the basis of the facts and causal connection. The law in the common law provinces of Canada falls somewhere between these two extremes. While treating recovery in tort of contractual relational economic loss as exceptional, it is accepted in Canadian jurisprudence that there may be cases where it may be recovered.

45

The foregoing suggests the need for a rule to distinguish between cases where contractual relational economic loss can be recovered and cases where it cannot be recovered. Such a rule, as I wrote in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, should be morally and economically defensible and provide a logical basis upon which individuals can predicate their conduct and courts can decide future cases (p. 1147). Although this Court attempted to formulate such a rule in *Norsk*, a split decision prevented the emergence of a clear rule. Given the commercial importance of the issue, it is

En Angleterre, la situation est claire — la perte économique relationnelle ne peut jamais donner lieu à indemnisation: *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.). Même si l'arrêt *Murphy* concernait la responsabilité d'un organisme public relativement à l'approbation d'un édifice construit avec négligence, et non une perte économique relationnelle, la Chambre des lords a jugé qu'une perte purement économique ne donnait lieu à indemnisation que dans les cas où des dommages matériels avaient été causés aux biens du demandeur, ce qui a pour effet d'exclure l'indemnisation de la perte économique relationnelle. Dans les systèmes de droit civil du Québec et de la France, par contraste, le droit ne fait pas de distinction entre la perte découlant des dommages causés aux biens d'une personne et la perte découlant des dommages causés aux biens d'autrui. Si les juges appliquant le droit civil restreignent l'indemnisation, ce n'est pas parce que le droit les y oblige mais parce que les faits et le lien de causalité le justifient. Dans les provinces de common law du Canada, le droit se situe entre ces deux extrêmes. Quoique l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat soit exceptionnelle en matière délictuelle, il est accepté, dans la jurisprudence canadienne, qu'il peut y avoir des cas où cette perte donne lieu à indemnisation.

Ce qui précède fait ressortir la nécessité d'énoncer une règle permettant de faire la distinction entre les cas où la perte économique relationnelle découlant d'un contrat peut donner lieu à indemnisation et les cas où elle ne le peut pas. Une telle règle, ainsi que je l'ai dit dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, devrait être défendable sur les plans moral et économique et fournir un principe logique sur lequel les individus pourraient fonder leur conduite et à partir duquel les tribunaux pourraient trancher les affaires subséquentes (p. 1147). Bien que notre Cour ait essayé d'énoncer une telle règle dans l'arrêt *Norsk*, une décision partagée a empêché l'émergence d'une règle claire. Vu l'importance de la question sur le plan commercial, il est important d'établir cette

important that the rule be settled. It is therefore necessary for this Court to revisit the issue.

The differences between the reasons of La Forest J. and myself in *Norsk* are of two orders: difference in result and difference in methodology. The difference in result, taken at its narrowest, is a difference in the definition of what constitutes a “joint venture” for the purposes of determining whether recovery for contractual relational economic loss should be allowed. We both agreed that if the plaintiff is in a joint venture with the person whose property is damaged, the plaintiff may claim consequential economic loss related to that property. We parted company because La Forest J. took a stricter view of what constituted a joint venture than I did.

The difference in methodology is not, on close analysis, as great as might be supposed. Broadly put, La Forest J. started from a general exclusionary rule and proceeded to articulate exceptions to that rule where recovery would be permitted. I, by contrast, stressed the two-step test for when recovery would be available, based on the general principles of recovery in tort as set out in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2: (1) whether the relationship between the plaintiff and defendant was sufficiently proximate to give rise to a *prima facie* duty of care; and (2) whether, if such a *prima facie* duty existed, it was negated for policy reasons and recovery should be denied.

Despite this difference in approach, La Forest J. and I agreed on several important propositions: (1) relational economic loss is recoverable only in special circumstances where the appropriate conditions are met; (2) these circumstances can be defined by reference to categories, which will make the law generally predictable; (3) the categories are not closed. La Forest J. identified the cate-

règle. Il y a donc lieu pour notre Cour de revoir la question.

Les différences entre les motifs du juge La Forest et les miens dans l’arrêt *Norsk* sont de deux ordres: une différence quant au résultat et une différence quant à la méthodologie. La différence quant au résultat, prise au sens le plus strict, tient à la définition de l’expression «entreprise conjointe» aux fins de déterminer s’il y a lieu d’accorder une indemnisation pour la perte économique relationnelle découlant d’un contrat. Nous étions tous deux d’accord pour dire que, si le demandeur participe à une entreprise conjointe avec la personne dont le bien a été endommagé, il peut réclamer la perte économique indirecte qui se rapporte à ce bien. Cependant, nous nous sommes trouvés en désaccord parce que le juge La Forest a adopté une conception de l’entreprise conjointe plus stricte que la mienne.

Quand on y regarde de près, la différence quant à la méthodologie n’est pas aussi grande qu’on pourrait le supposer. Généralement parlant, le juge La Forest a posé au départ une règle générale d’exclusion et a ensuite énoncé des cas d’exceptions dans lesquels l’indemnisation est permise. Par contraste, pour déterminer les cas d’ouverture à indemnisation, j’ai mis l’accent sur un critère à deux volets fondé sur les principes généraux d’indemnisation en matière délictuelle qui ont été énoncés dans les arrêts *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2: (1) Le lien entre le demandeur et le défendeur était-il suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence *prima facie*? (2) Si cette obligation existait, était-elle écartée pour des raisons de principe et fallait-il refuser l’indemnisation?

Malgré cette différence d’approche, le juge La Forest et moi-même étions d’accord sur plusieurs points importants: (1) la perte économique relationnelle ne donne lieu à indemnisation que dans des circonstances spéciales lorsque sont réunies les conditions requises; (2) ces circonstances peuvent être définies par référence à des catégories, qui rendront le droit généralement prévisible;

46

47

48

gories of recovery of relational economic loss defined to date as: (1) cases where the claimant has a possessory or proprietary interest in the damaged property; (2) general average cases; and (3) cases where the relationship between the claimant and property owner constitutes a joint venture.

49 The case at bar does not fall into any of the above three categories. The plaintiffs here had no possessory or proprietary interest in the rig and the case is not one of general averaging. While related contractually, the Court of Appeal correctly held that the plaintiff and the property owner cannot, on any view of the term, be viewed as joint venturers.

50 However, that is not the end of the matter. The categories of recoverable contractual relational economic loss in tort are not closed. Where a case does not fall within a recognized category the court may go on to consider whether the situation is one where the right to recover contractual relational economic loss should nevertheless be recognized. This is in accordance with *Norsk*, per La Forest J., at p. 1134:

Thus I do not say that the right to recovery in all cases of contractual relational economic loss depends exclusively on the terms of the contract. Rather, I note that such is the tenor of the exclusionary rule and that departures from that rule should be justified on defensible policy grounds. [Emphasis added.]

More particularly, La Forest J. suggested that the general rule against recovery for policy-based reasons might be relaxed where the deterrent effect of potential liability to the property owner is low, or, despite a degree of indeterminate liability, where the claimant's opportunity to allocate the risk by contract is slight, either because of the type of transaction or an inequality of bargaining power. I agreed with La Forest J. that policy considerations relating to increased costs of processing claims

(3) ces catégories ne sont pas limitatives. Le juge La Forest a désigné les catégories d'indemnisation de perte économique relationnelle qui ont été définies à ce jour comme étant: (1) les cas où le demandeur a un droit de possession ou de propriété sur le bien endommagé; (2) les cas d'avarie commune; (3) les cas où le lien entre le demandeur et le propriétaire du bien est une entreprise conjointe.

Le présent cas n'entre dans aucune des trois catégories susmentionnées. En l'espèce, les demandereses n'avaient aucun droit de possession ou de propriété sur la plate-forme et il ne s'agit pas d'une affaire d'avarie commune. La Cour d'appel a conclu à juste titre que, même s'il existait un lien contractuel entre la demanderesse et le propriétaire du bien, il ne pouvait en aucun sens du terme être considéré comme une entreprise conjointe à laquelle ils auraient participé.

Cependant, cela ne clôt pas la question. Les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation en matière délictuelle ne sont pas limitatives. Lorsqu'une affaire n'entre pas dans une catégorie reconnue, le tribunal peut se demander s'il s'agit d'une situation où le droit d'être indemnisé d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat devrait néanmoins être reconnu. Cela concorde avec les propos suivants du juge La Forest, dans l'arrêt *Norsk*, à la p. 1134:

Ainsi, je ne dis pas que le droit à l'indemnisation, dans tous les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dépend exclusivement des modalités du contrat. Je ferai plutôt remarquer que tel est le sens de la règle d'exclusion et que les dérogations à cette règle devraient se justifier par des raisons de principe défendables. [Je souligne.]

De façon plus particulière, le juge La Forest a suggéré l'assouplissement de la règle générale faisant obstacle à l'indemnisation pour des raisons de principe lorsque l'effet dissuasif d'une responsabilité potentielle envers le propriétaire du bien est faible ou, malgré l'existence d'un degré de responsabilité indéterminée, lorsque la possibilité pour le demandeur de répartir contractuellement le risque est réduite, en raison soit du type d'opération en cause soit de l'inégalité du pouvoir de négociation.

and contractual allocation of the risk are important (p. 1164). I concluded that the test for recovery “should be flexible enough to meet the complexities of commercial reality and to permit the recognition of new situations in which liability ought, in justice, to lie as such situations arise” (p. 1166). It thus appears that new categories of recoverable contractual relational economic loss may be recognized where justified by policy considerations and required by justice. At the same time, courts should not assiduously seek new categories; what is required is a clear rule predicting when recovery is available.

More recently, in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, this Court described the general approach that should be followed in determining when tort recovery for economic loss is appropriate. The plaintiffs in that case were shareholders in a company, Hercules Managements Ltd. The auditors for the company allegedly failed to disclose in their annual audits matters detrimental to the company. The company failed and the plaintiffs suffered financial loss. The plaintiff shareholders sued the auditors. The first issue was whether the plaintiffs’ action against the auditors could be maintained in law. Although styled as an action for negligent misrepresentation, the plaintiffs’ claim was treated as a case of relational economic loss owing to the fact that the services were performed pursuant to a contract with the company. The primary loser was the company, which had contracted with the auditors. The plaintiffs’ loss was derivative of, or relational to, the company’s loss. The defendant auditors asserted that their only duty was to the company with which they had contracted. They argued that no relational tort duty to third parties lay in the circumstances. To affirm such a duty, they maintained, would be contrary to the policy considerations that had led courts in the past to deny recovery for relational economic loss. The Court,

J’ai convenu avec le juge La Forest de l’importance des considérations de principe relatives à l’accroissement des coûts de règlement des demandes et à la répartition contractuelle du risque (p. 1164). J’ai conclu que le critère applicable à l’indemnisation «devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la complexité des affaires et permettre la reconnaissance de nouvelles situations où, en toute justice, une responsabilité devrait être imposée, quand de telles situations se présentent» (p. 1166). Il paraît donc possible de reconnaître de nouvelles catégories de pertes économiques relationnelles découlant d’un contrat susceptibles d’indemnisation lorsqu’elles s’appuient sur des considérations de principe et que la justice commande de le faire. Toutefois, les tribunaux ne devraient pas chercher assidûment de nouvelles catégories; ce qu’il faut, c’est une règle claire, permettant de prédire les cas donnant ouverture à indemnisation.

Plus récemment, dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, notre Cour a décrit la méthode générale devant être suivie pour déterminer quand l’indemnisation d’une perte économique est appropriée en matière délictuelle. Dans cette affaire, les demandeurs étaient actionnaires d’une société, Hercules Managements Ltd. On reprochait aux vérificateurs de la société d’avoir omis de divulguer dans leur rapport annuel certains faits défavorables à la société. Celle-ci a fait faillite et les demandeurs ont subi une perte financière. Les actionnaires demandeurs ont poursuivi les vérificateurs. La première question était de savoir si l’action des demandeurs contre les vérificateurs pouvait être maintenue en droit. Même si elle avait été présentée comme une action pour déclaration inexacte faite par négligence, l’action des demandeurs a été traitée comme une affaire de perte économique relationnelle étant donné que les services avaient été rendus conformément à un contrat passé avec la société. La principale perdante était la société, qui avait conclu un contrat avec les vérificateurs. La perte des demandeurs dérivait de la perte de la société, elle avait un caractère relationnel. Les vérificateurs défendeurs ont prétendu n’avoir d’obligation qu’envers la société avec laquelle ils avaient passé le contrat. Ils ont plaidé qu’il n’exis-

per La Forest J., unanimously held that the shareholders had no cause of action against the auditors.

tait en matière délictuelle aucune obligation relationnelle envers des tiers dans les circonstances. Ils ont soutenu que confirmer l'existence d'une telle obligation irait à l'encontre des considérations de principe qui, par le passé, avaient amené les tribunaux à refuser l'indemnisation dans les cas de pertes économiques relationnelles. La Cour, dans des motifs exposés par le juge La Forest, a conclu à l'unanimité que les actionnaires n'avaient aucune cause d'action contre les vérificateurs.

52 La Forest J. set out the methodology that courts should follow in determining whether a tort action lies for relational economic loss. He held that the two-part methodology of *Anns*, *supra*, adopted by this Court in *Kamloops*, *supra*, should be followed: (1) whether a *prima facie* duty of care is owed; and (2) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations. In applying the second step, La Forest J. wrote that while policy considerations will sometimes result in the *prima facie* duty being negated, in certain categories of cases such considerations may give way to other overriding policy considerations.

Le juge La Forest a énoncé la méthode que les tribunaux doivent suivre pour déterminer si une action en responsabilité délictuelle peut être intentée en cas de perte économique relationnelle. Il a statué que la méthode à deux volets proposée dans l'arrêt *Anns*, précité, et adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops*, précité, devait être suivie: (1) Existe-t-il à une obligation de diligence *prima facie*? (2) Si oui, cette obligation est-elle annihilée ou limitée par des considérations de principe? En appliquant le second volet, le juge La Forest a écrit que, quoique des considérations de principe puissent parfois annihiler l'obligation *prima facie*, dans certains genres d'affaires il est possible que ces considérations cèdent le pas à d'autres considérations de principe impérieuses.

53 La Forest J. held that the existence of a relationship of "neighbourhood" or "proximity" distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. The term "proximity" is a label expressing the fact of a relationship of neighbourhood sufficient to attract a *prima facie* legal duty. Whether the duty arises depends on the nature of the case and its facts. Policy concerns are best dealt with under the second branch of the test. Criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized as policy-based ways by which to curtail indeterminate or inappropriate recovery.

Le juge La Forest a conclu que l'existence d'un «lien étroit» permet de distinguer les cas où le défendeur a envers le demandeur une obligation de diligence *prima facie* de ceux où il n'existe aucune obligation de cette nature. L'expression «lien étroit» exprime le fait qu'il existe un rapport suffisamment étroit pour créer une obligation légale *prima facie*. L'existence de l'obligation dépend de la nature de l'affaire et des faits. Quant aux considérations de principe, il vaut mieux les examiner dans le cadre du deuxième volet du critère. Les critères qui ont servi dans d'autres affaires à définir le critère juridique permettant de déterminer s'il existe une obligation de diligence peuvent maintenant être reconnus comme un moyen — fondé sur des principes — de limiter les cas d'indemnisation inappropriée ou de responsabilité indéterminée.

54 Following this analysis, La Forest J. concluded that the first branch of the *Anns* test was satisfied and the defendant auditors owed a *prima facie* duty

Après cette analyse, le juge La Forest a conclu qu'on avait satisfait au premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et que les vérificateurs

of care to the plaintiffs. First, the possibility that the plaintiffs would rely on the audited statements prepared for the company was reasonably foreseeable. Second, the relationship between the parties and nature of the statements themselves made the plaintiffs' reliance reasonable.

Policy considerations under the second branch of the test, however, negated a duty of care. La Forest J. began by noting that while policy concerns surrounding indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care in many auditors' negligence cases, there may be particular situations where such concerns do not inhere. The specific factual matrix of a given case may bring it within a category which, for policy reasons, is identified as an exception to the exclusionary rule; considerations of proximity may militate in favour of finding a *prima facie* duty of care at the first stage, and the policy considerations which usually negate it may be absent. In such cases, liability would appropriately lie. The main policy consideration at stake in *Hercules* was the spectre of indeterminate liability. Not everyone who picks up a financial statement and relies on it can sue for financial loss incurred as a result of reliance on the statement. Only persons that the makers of the statement can reasonably be expected to have foreseen relying on the statements can sue, and then only for uses that the auditors could reasonably have foreseen. The question thus became whether the plaintiffs had used the statements for the purpose for which they had been prepared. The Court held they had not. The statements had been prepared for the purpose of permitting the shareholders to collectively oversee the management of the company, not for the purpose of assisting individual shareholders in investment decisions. The policy considerations surrounding indeterminate lia-

défendeurs avaient une obligation de diligence *prima facie* envers les demandeurs. Premièrement, il était raisonnablement prévisible que les demandeurs se fieraient aux états vérifiés préparés pour la société. Deuxièmement, vu le lien existant entre les parties et la nature des états vérifiés eux-mêmes, il était raisonnable que les demandeurs se fient à ces états.

Cependant, les considérations de principe examinées dans le cadre du deuxième volet du critère annihilèrent l'obligation de diligence. Le juge La Forest a d'abord souligné que, même si dans beaucoup d'affaires de négligence visant des vérificateurs, des considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée ont pour effet d'annihiler l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, il peut y avoir des cas particuliers où de telles considérations ne jouent pas. Il est possible que les faits particuliers d'une affaire la fassent entrer dans une catégorie qui, pour des raisons de principe, est considérée comme une exception à la règle d'exclusion; il se peut que des considérations touchant l'existence d'un lien étroit incitent à conclure, à la première étape, à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*, et que les considérations de principe qui écartent habituellement cette obligation soient absentes. Dans de tels cas, la responsabilité serait à juste titre retenue. La principale considération de principe en jeu dans l'arrêt *Hercules* était le spectre de la responsabilité indéterminée. Tous ceux qui consultent des états financiers et s'y fient ne peuvent intenter des poursuites pour les pertes financières qu'ils subissent parce qu'ils se sont fiés à ces états. Seules les personnes dont on peut raisonnablement s'attendre que les auteurs des états financiers avaient prévu qu'elles se fieraient aux états financiers peuvent poursuivre et seulement pour les fins que les vérificateurs avaient pu raisonnablement prévoir. La question qui se posait alors était de savoir si les demandeurs s'étaient servis des états financiers aux fins pour lesquelles ils avaient été préparés. La Cour a jugé que non. Les états financiers avaient été préparés afin de permettre aux actionnaires de surveiller collectivement la gestion de la société et non pas afin d'aider chaque actionnaire à prendre des décisions en matière de place-

bility accordingly inhered, negating the *prima facie* duty of care.

56 The same approach may be applied to the contractual relational economic loss at stake in the case at bar. The first step is to inquire whether the relationship of neighbourhood or proximity necessary to found a *prima facie* duty of care is present. If so, one moves to the second step of inquiring whether the policy concerns that usually preclude recovery of contractual relational economic loss, such as indeterminacy, are overridden.

(2) Application of the Law

57 Before applying the law set out above to the facts of this case, a preliminary point arises: is the loss claimed by the plaintiffs contractual relational economic loss at all? The plaintiffs argue that the loss they claim against the defendants is really loss transferred from BVHB, the rig owner. The plaintiffs argue that they were in a "common venture" (as distinguished from a joint venture) with BVHB, which resulted in BVHB's losses being transferred to them. Therefore, they argue, they should be able to claim the losses as though they stand in the shoes of BVHB. BVHB could have claimed consequential losses for loss of use of the drilling rig; so then, on this theory, can HOOL and BVI.

58 This argument suffers from a number of difficulties. First, insofar as courts have recognized transferred loss, it has been confined to physical damage: *Norsk, supra*. Applied to relational economic loss, it would need to meet the criteria for recovery of that category of loss, and hence would seem not to advance the plaintiffs' case. Second, the plaintiffs claim not only for loss of use of the drilling

ments. Par conséquent, les considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée entraînent en jeu, annihilant l'obligation de diligence *prima facie*.

La même méthode peut être appliquée à la perte économique relationnelle découlant d'un contrat dont il est question dans la présente affaire. La première étape consiste à statuer sur la présence ou l'absence du lien étroit nécessaire pour conclure à l'existence d'une obligation de diligence *prima facie*. Dans l'affirmative, on passe alors à la seconde étape, qui consiste à se demander si les considérations de principe qui font habituellement obstacle à l'indemnisation en cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, par ex. l'indétermination, sont supplantées.

(2) L'application du droit

Avant d'appliquer les règles de droit énoncées précédemment aux faits de l'espèce, il faut répondre à une question préliminaire: est-ce que la perte dont les demanderesse veulent être indemnisées est vraiment une perte économique relationnelle découlant d'un contrat? Les demanderesse soutiennent que la perte pour laquelle elles réclament une indemnité aux défenderesses est en fait une perte transférée de BVHB, le propriétaire de la plate-forme. Elles plaident qu'elles participaient à une «entreprise commune» (par opposition à une entreprise conjointe) avec BVHB, et que de ce fait les pertes de BVHB leur ont été transférées. En conséquence, affirment-elles, elles devraient pouvoir demander à être indemnisées des pertes comme si elles étaient BVHB. Celle-ci aurait pu demander à être dédommagée des pertes indirectes subies en raison de la perte de l'usage de la plate-forme de forage; par conséquent, selon cette théorie, HOOL et BVI le peuvent également.

Cet argument se heurte à un certain nombre de problèmes. Premièrement, dans la mesure où les tribunaux ont reconnu la notion de perte transférée, elle a été limitée au préjudice physique: *Norsk*, précité. Appliquée à la perte économique relationnelle, elle devrait satisfaire aux critères relatifs à l'indemnisation pour cette catégorie de perte et, par conséquent, elle ne semble d'aucun secours

rig, but for losses related to unavoidable expenses they incurred for other supplies, including food, drilling mud and additional equipment. It is more difficult to see how these losses, based entirely on contracts between the plaintiffs and others, independent of BVHB, can be said to be transferred from BVHB. Third, there is nothing to show that the day rates paid by HOOL and BVI while the rig was idle are identical to what BVHB's consequential losses would have been. Finally, what does one do about the contributory negligence of BVHB? Given that BVHB is 60 percent at fault, under the transferred loss theory would the plaintiffs be able to recover only 40 percent of their claim? These difficulties suggest that the plaintiffs' loss is not the transferred loss of BVHB, the owner of the damaged rig. It is contractual relational economic loss, and should be treated as such.

I return to the question of whether, on the approach articulated in *Hercules, supra*, the plaintiffs' claim for contractual relational economic loss is actionable. The Newfoundland Court of Appeal, without the benefit of *Hercules*, essentially followed the two-step process outlined in that case. It held that the defendants owed a *prima facie* duty of care to BVI and HOOL. The duty arose because BVI and HOOL's economic interests could foreseeably have been affected by a failure to warn BVHB of the danger of fire resulting from the use of products supplied by the defendants. The Court of Appeal went on to hold that there should be no recovery for other reasons. It held that it would be totally impractical to warn every person who could foreseeably suffer economic loss arising from the shutdown of the drilling rig. If there was a duty to warn BVI and HOOL, then there would also be a duty to warn other potential investors in the project, such as Mobil Oil Canada Ltd. and Petro

aux demandereses. Deuxièmement, ces dernières demandent non seulement à être indemnisées de la perte d'usage de la plate-forme de forage, mais également des pertes relatives aux dépenses inévitables qu'elles ont exposées pour d'autres approvisionnements, y compris la nourriture, la boue de forage et le matériel supplémentaire. Il est plus difficile de voir comment ces pertes, fondées entièrement sur des contrats passés entre les demandereses et d'autres sociétés, indépendantes de BVHB, peuvent être considérées comme des pertes transférées de BVHB. Troisièmement, rien ne prouve que les taux journaliers payés par HOOL et BVI pendant que la plate-forme ne servait pas correspondent aux pertes indirectes qu'aurait essuyées BVHB. Enfin, que fait-on au sujet de la négligence contributive de BVHB? Étant donné que BVHB est fautive dans une proportion de 60 pour 100, est-ce que, selon la théorie de la perte transférée, les demandereses ne peuvent être indemnisées que de 40 pour 100 seulement de leur réclamation? Ces problèmes tendent à indiquer que la perte des demandereses n'est pas la perte transférée de BVHB, le propriétaire de la plate-forme endommagée, mais plutôt une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, et elle devrait être traitée comme telle.

Je reviens à la question de savoir si, suivant l'approche énoncée dans l'arrêt *Hercules*, précité, la réclamation des demandereses pour perte économique relationnelle découlant d'un contrat donne ouverture à action. La Cour d'appel de Terre-Neuve, avant le prononcé de l'arrêt *Hercules*, a suivi essentiellement la démarche en deux étapes exposée dans cette affaire. Elle a conclu que les défenderesses avaient une obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL. Cette obligation a pris naissance en raison du fait qu'il était possible de prévoir que les intérêts financiers de BVI et de HOOL puissent être affectés si BVHB n'était pas mise en garde contre le danger d'incendie découlant de l'utilisation des produits fournis par les défenderesses. La Cour d'appel a poursuivi en statuant qu'il ne devrait pas y avoir d'indemnisation pour d'autres motifs. Elle a jugé qu'il serait totalement impossible en pratique de mettre en garde toutes les personnes dont il était

Canada, as well as a host of other persons who stood to gain from the uninterrupted operation of the drilling rig, including employees and suppliers of the rig. In these circumstances, in the Court of Appeal's view, the only duty on the defendants was to warn the person in control and possession of the rig of the dangers of fire associated with the use of Thermaclad.

possible de prévoir qu'elles subiraient des pertes financières en raison de l'arrêt des activités de la plate-forme de forage. S'il y avait obligation de mettre en garde BVI et HOOL, cette obligation existerait également envers les autres parties ayant investi dans le projet, comme Mobil Oil Canada Ltd. et Petro-Canada, ainsi qu'une foule d'autres personnes qui avaient intérêt à ce que les activités de la plate-forme de forage se poursuivent sans interruption, y compris les employés et les fournisseurs de la plate-forme. Dans ces circonstances, la Cour d'appel a jugé que la seule obligation qui incombait aux défenderesses était de mettre en garde la personne ayant la possession et la responsabilité de la plate-forme contre les dangers d'incendie liés à l'utilisation du Thermaclad.

60 As in *Hercules*, the decision as to whether a *prima facie* duty of care exists requires an investigation into whether the defendant and the plaintiff can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood. Proximity exists on a given set of facts if the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs: *Hercules*, at para. 28. On the facts of this case, I agree with the Court of Appeal that a *prima facie* duty of care arises. Indeed, the duty to warn raised against the defendants is the correlative of the duty to disclose financial facts raised against the auditors in *Hercules*.

Comme dans *Hercules*, pour décider s'il y a obligation de diligence *prima facie*, il faut se demander s'il existe un lien étroit entre le défendeur et le demandeur. Un tel lien existe si, compte tenu d'un ensemble de faits donné, il est possible d'affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans le cours de ses propres affaires: *Hercules*, au par. 28. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, d'après les faits de l'espèce, une obligation de diligence *prima facie* a pris naissance. De fait, l'obligation de mise en garde invoquée contre les défenderesses correspond à l'obligation de divulguer la situation financière qui a été plaidée contre les vérificateurs dans l'affaire *Hercules*.

61 Where a duty to warn is alleged, the issue is not reliance (there being nothing to rely upon), but whether the defendants ought reasonably to have foreseen that the plaintiffs might suffer loss as a result of use of the product about which the warning should have been made. I have already found that the duty to warn extended to BVHB. The question is, however, whether it extended as far as HOOL and BVI. The facts establish that this was the case. The defendants knew of the existence of the plaintiffs and others like them and knew or

Si on plaide l'existence d'une obligation de mise en garde, ce n'est pas la confiance qui est en jeu (il n'y a rien sur quoi s'appuyer), c'est la question de savoir si les défenderesses auraient dû raisonnablement prévoir que les demanderessees pouvaient subir une perte à la suite de l'utilisation du produit au sujet duquel il aurait fallu faire la mise en garde. J'ai déjà conclu que l'obligation de mise en garde s'étendait à BVHB. Il s'agit toutefois de se demander si elle s'étendait aussi à HOOL et BVI. Les faits établissent que tel était le cas. Les défenderesses connaissaient l'existence des demanderessees et d'autres personnes comme elles, et elles savaient ou auraient dû savoir que ces dernières

ought to have known that they stood to lose money if the drilling rig was shut down.

The next question is whether this *prima facie* duty of care is negated by policy considerations. In my view, it is. The most serious problem is that seized on by the Court of Appeal — the problem of indeterminate liability. If the defendants owed a duty to warn the plaintiffs, it is difficult to see why they would not owe a similar duty to a host of other persons who would foreseeably lose money if the rig was shut down as a result of being damaged. Other investors in the project are the most obvious persons who would also be owed a duty, although the list could arguably be extended to additional classes of persons. What has been referred to as the ripple effect is present in this case. A number of investment companies which contracted with HOOL are making claims against it, as has BVI.

No sound reason to permit the plaintiffs to recover while denying recovery to these other persons emerges. To hold otherwise would pose problems for defendants, who would face liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class. It also would pose problems for potential plaintiffs. Which of all the potential plaintiffs can expect and anticipate they will succeed? Why should one type of contractual relationship, that of HOOL, be treated as more worthy than another, e.g., that of the employees on the rig? In this state, what contractual and insurance arrangements should potential plaintiffs make against future loss?

The plaintiffs propose a number of solutions to the problem of indeterminacy. None of them succeeds, in my respectful view. The first proposal is to confine liability to persons whose identity was known to the defendants. This is a reversion to the

risquaient de perdre de l'argent si la plate-forme de forage cessait de fonctionner.

La question suivante est de savoir si cette obligation de diligence *prima facie* est annihilée par des considérations de principe. Je suis d'avis que oui. Le problème le plus sérieux est celui qui a retenu l'attention de la Cour d'appel — le problème de la responsabilité indéterminée. Si les défenderesses avaient l'obligation de mettre en garde les demanderesses, il est difficile de voir pourquoi elles n'auraient pas la même obligation envers une foule d'autres personnes dont les pertes étaient prévisibles si la plate-forme cessait ses activités en raison des dommages subis. Les autres personnes ayant investi dans le projet seraient, à l'évidence, également créancières d'une telle obligation, même si, on pourrait le soutenir, la liste pourrait inclure d'autres catégories de personnes. On retrouve, en l'espèce, ce qu'on a appelé l'effet d'enchaînement car un certain nombre de sociétés de placement, qui ont passé des contrats avec HOOL, ont exercé des réclamations contre cette dernière, comme l'a fait BVI.

Il n'y a aucune raison valable de permettre l'indemnisation des demanderesses et de refuser de l'accorder aux autres. Conclure autrement créerait des problèmes pour les défenderesses, qui feraient face à une responsabilité pour un montant indéterminé, pendant un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée. Cela créerait également des problèmes aux demandeurs potentiels. Lesquels parmi tous ces demandeurs potentiels pourraient s'attendre à obtenir gain de cause? Pourquoi un certain type de lien contractuel, en l'occurrence celui de HOOL, serait-il considéré plus valable qu'un autre, par ex. celui des employés travaillant sur la plate-forme? Dans cette situation, quels arrangements les demandeurs potentiels devraient-ils prendre en matière de contrats et d'assurances pour se protéger contre des pertes futures?

Les demanderesses proposent un certain nombre de solutions au problème de l'indétermination. À mon humble avis, toutefois, aucune n'est efficace. La première proposition vise à limiter la responsabilité aux personnes dont l'identité était connue

62

63

64

“known plaintiff” test, rejected by a majority of this Court in *Norsk*, *supra*. As commentators have pointed out, the fact that the defendant knew the identity of the plaintiff should not in logic or justice determine recovery. On such a test, the notorious would recover, the private would lose: *Norsk*. The problem of indeterminate liability cannot be avoided by arbitrary distinctions for which there is no legal or social justification: *Norsk*, at p. 1112. There must be something which, for policy reasons, permits the court to say this category of person can recover and that category cannot, something which justifies the line being drawn at one point rather than another.

des défenderesses. C’est un retour au critère du «demandeur connu», qui a été rejeté par notre Cour à la majorité dans *Norsk*, précité. Comme l’ont indiqué les commentateurs, le fait que le défendeur connaisse le demandeur ne devrait pas, en toute logique ni en toute justice, déterminer l’indemnisation. Selon un tel critère, le demandeur très connu serait dédommagé tandis que le demandeur anonyme subirait une perte: *Norsk*. Le problème de la responsabilité indéterminée ne peut pas être évité par des distinctions arbitraires pour lesquelles il n’existe aucune justification juridique ou sociale: *Norsk*, à la p. 1112. Quelque chose doit permettre au tribunal de conclure pour des raisons de principe que telle catégorie de personnes peut être indemnisée et que telle autre ne peut l’être: quelque chose doit justifier de tracer la ligne de démarcation à un endroit plutôt qu’à un autre.

65 Second, and in a similar vein, the plaintiffs argue that determinacy can be achieved by restricting recovery to the users of the rig, a class which they say is analogous in time and extent to the owners and occupiers of the building in *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85. This argument fails for the same reasons as the known plaintiff test. There is no logical reason for drawing the line at users rather than somewhere else.

Deuxièmement, dans la même veine, les demanderesse soutiennent qu’on peut mettre fin à l’indétermination en limitant l’indemnisation aux utilisateurs de la plate-forme qui forment une catégorie analogue pour ce qui est de la durée et de l’étendue à celle des propriétaires et des occupants de l’édifice dans l’arrêt *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85. Cet argument doit être rejeté pour les mêmes raisons que le critère du demandeur connu. Il n’y a aucune raison logique de tracer une ligne de démarcation entre les utilisateurs et les autres.

66 Third, the plaintiffs attempt to distinguish themselves from other potential claimants through the concept of reliance. The defendants correctly answer this argument by pointing out that any person who is contractually dependent on a product or a structure owned by another “relies” on the manufacturer or builder to supply a safe product.

Troisièmement, les demanderesse tentent d’établir une distinction entre elles-mêmes et les autres réclamants potentiels en invoquant la notion de confiance. Les défenderesses répondent correctement à cet argument en soulignant que toute personne qui, en vertu d’un contrat, est tributaire d’un produit ou d’une construction appartenant à autrui «compte» sur le fabricant ou le constructeur pour fournir un produit sûr.

67 Finally, the plaintiffs argue that a finding of a duty to warn negates the spectre of indeterminate liability as the duty to warn does not extend to everyone in any way connected to the manufactured product. This argument begs the question. The duty to warn found to this point is only a *prima facie* duty to warn in accordance with the first

Enfin, les demanderesse font valoir que le fait de conclure à l’existence d’une obligation de mise en garde annihile le spectre de la responsabilité indéterminée, car l’obligation de mise en garde ne s’étend pas à quiconque est relié d’une façon ou d’une autre au produit fabriqué. Cet argument présume la question résolue. L’obligation de mise en

requirement of *Anns, supra*, that there be sufficient proximity or neighbourhood to found a duty of care. It is not circumscribed and imports no limits on liability. Considerations of indeterminate liability arise in the second step of the *Anns* analysis. Hence the *prima facie* duty of care, by itself, cannot resolve the problem of indeterminate liability.

The problem of indeterminate liability constitutes a policy consideration tending to negative a duty of care for contractual relational economic loss. However, the courts have recognized positive policy considerations tending to support the imposition of such a duty of care. One of these, discussed by La Forest J. in *Norsk*, is the need to provide additional deterrence against negligence. The potential liability to the owner of the damaged property usually satisfies the goal of encouraging persons to exercise due care not to damage the property. However, situations may arise where this is not the case. In such a case, the additional deterrent of liability to others might be justified. The facts in the case at bar do not support liability to the plaintiffs on this basis. BVHB, the owner of the drilling rig, suffered property damage in excess of five million dollars. This is a significant sum. It is not apparent that increasing the defendants' potential liability would have led to different behaviour and avoidance of the loss.

Another situation which may support imposition of liability for contractual relational economic loss, recognized by La Forest J. in *Norsk*, is the case where the plaintiff's ability to allocate the risk to the property owner by contract is slight, either because of the type of the transaction or inequality

garde constatée ici est seulement une obligation de mise en garde *prima facie*, conformément à la première condition énoncée dans l'arrêt *Anns*, précité, voulant qu'il y ait un lien suffisamment étroit pour servir de fondement à une obligation de diligence. Cette obligation n'est pas restreinte et elle n'impose aucune limite à la responsabilité. Les considérations touchant la responsabilité indéterminée sont prises en compte dans la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Anns*. En conséquence, l'obligation de diligence *prima facie* ne permet pas, à elle seule, de résoudre le problème de la responsabilité indéterminée.

Ce problème constitue une considération de principe qui tend à écarter l'obligation de diligence en cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Cependant, les tribunaux ont reconnu l'existence de considérations de principe positives qui tendent à appuyer l'imposition d'une telle obligation de diligence. Une de ces considérations, qui a été examinée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*, est la nécessité de fournir un moyen de dissuasion supplémentaire contre la négligence. La responsabilité potentielle envers le propriétaire du bien endommagé suffit habituellement pour inciter les personnes visées à exercer la diligence requise afin de ne pas endommager le bien. Toutefois, il peut se présenter des situations où cela n'est pas suffisant. Dans un tel cas, le moyen de dissuasion supplémentaire que serait l'extension de la responsabilité au profit d'autres personnes pourrait se justifier. Cependant, les faits de l'espèce ne justifient pas d'étendre la responsabilité en faveur des demanderesse sur ce fondement. BVHB, le propriétaire de la plate-forme de forage, a subi des dommages matériels de plus de cinq millions de dollars. Il s'agit d'une somme importante. Il n'est pas évident que le fait d'accroître la responsabilité potentielle des défenderesses aurait amené un comportement différent et permis d'éviter la perte.

Une autre situation dans laquelle on peut admettre l'imposition de la responsabilité en cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, et qui a été acceptée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk*, est le cas où la capacité du demandeur de faire assumer le risque par le propriétaire

of bargaining power. Again, this does not assist the plaintiffs in this case. BVI and HOOL not only had the ability to allocate their risks; they did just that. It cannot be said that BVI and HOOL suffered from inequality of bargaining power with BVHB, the very company they created. Moreover, the record shows they exercised that power. The risk of loss caused by down-time of the rig was specifically allocated under the Drilling Contracts between BVI, HOOL and BVHB. The contracts provided for day rate payments to BVHB and/or termination rights in the event of lost or diminished use of the rig. The parties also set out in the contracts their liability to each other and made provision for third party claims arising out of rig operations. Finally, the contracts contained provisions related to the purchase and maintenance of insurance.

du bien dans un contrat est faible, en raison soit du genre d'opération, soit de l'inégalité du pouvoir de négociation. Encore une fois, cela n'est d'aucun secours aux demandesses en l'espèce. En effet, non seulement BVI et HOOL avaient-elles la capacité de répartir leurs risques, mais c'est exactement ce qu'elles ont fait. Il est impossible d'affirmer que BVI et HOOL ont souffert d'une inégalité du pouvoir de négociation à l'égard de BVHB, la société même qu'elles ont créée. De plus, il ressort du dossier qu'elles ont exercé ce pouvoir. Le risque de pertes causées par le temps d'inactivité de la plate-forme a été expressément réparti dans les contrats de forage intervenus entre BVI, HOOL et BVHB. Ces contrats prévoyaient qu'en cas de perte d'utilisation ou d'utilisation réduite de la plate-forme, il y aurait soit paiement d'un taux journalier à BVHB, soit droit de résiliation ou les deux. Les parties ont également précisé dans les contrats leur responsabilité mutuelle et elles ont pris des mesures au sujet des réclamations des tiers qui pouvaient découler des opérations de forage. En dernier lieu, les contrats comportaient des clauses relatives à la souscription et au maintien d'assurances.

70 I conclude that the policy considerations relevant to the case at bar negate the *prima facie* duty of care to BVI and HOOL.

Je conclus que les considérations de principe concernant le présent litige annihilent l'obligation de diligence *prima facie* envers BVI et HOOL.

G. Was BVHB Contributorily Negligent?

G. Y a-t-il eu négligence contributive de BVHB?

71 The Court of Appeal upheld the trial judge's finding that BVHB was contributorily negligent in failing to have an operable GFCB system, that this negligence was the immediate cause of the fire, and that the fire was a reasonably foreseeable consequence of BVHB's negligence. BVHB contends that the entire responsibility for the fire and consequential loss is attributable to the defendants' breach of their duty to warn of the dangers of using Thermaclad on the rig.

La Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle il y a eu négligence contributive de BVHB qui n'a pas installé de système DFT efficace, que cette négligence a été la cause immédiate de l'incendie et que cet incendie était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de BVHB. BVHB prétend que les défenderesses sont entièrement responsables de l'incendie et de la perte indirecte parce qu'elles ont manqué à leur obligation de mise en garde relativement aux dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la plate-forme.

72 BVHB argues that generally courts decline to ascribe contributory negligence in duty to warn cases for policy reasons related to assumption of

BVHB prétend que, pour des raisons de principe liées à l'acceptation des risques, les tribunaux refusent habituellement de conclure à la négligence

risk. BVHB urges that in failure to warn cases, a finding of contributory negligence cannot be made unless the defendant shows that the plaintiff voluntarily assumed the risk of injury. This, it says, is not such a case.

I cannot accept this argument. A finding of contributory negligence is not the same as a finding that the injured party voluntarily accepted the risk of injury. The latter is a complete defence (in the limited circumstances in which it applies), whereas the result of the former is that the injured party generally recovers less than full compensation for its injuries. As Viscount Simon said in *Nance v. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), at p. 611:

But when contributory negligence is set up as a defence, its existence does not depend on any duty owed by the injured party to the party sued, and all that is necessary to establish such a defence is to prove to the satisfaction of the jury that the injured party did not in his own interest take reasonable care of himself and contributed, by this want of care, to his own injury. For when contributory negligence is set up as a shield against the obligation to satisfy the whole of the plaintiff's claim, the principle involved is that, where a man is part author of his own injury, he cannot call on the other party to compensate him in full.

BVHB next submits that the burden on the tortfeasor of proving contributory negligence in duty to warn cases should be more onerous because the injured party lacks the knowledge necessary to make an informed assessment of the risks of using the product. Here, BVHB's failure to use the GFCB system is a foreseeable consequence of the failure to warn of the fire propagation propensity of Thermaclad. In the absence of a warning of the dangers of using Thermaclad on the rig, BVHB viewed the GFCB system only as a protective measure against gas explosions. BVHB contends that had it been warned of the dangers posed by the use

contributive dans les affaires d'obligation de mise en garde. BVHB soutient avec insistance que, dans les affaires où il y a violation de l'obligation de mise en garde, les tribunaux ne peuvent conclure à l'existence de négligence contributive que si le défendeur prouve que le demandeur a accepté volontairement le risque de préjudice. Elle affirme que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Je ne puis accepter cet argument. Conclure à la négligence contributive n'équivaut pas à conclure que la partie lésée a accepté volontairement le risque de préjudice. Dans ce dernier cas, il s'agit d'un moyen de défense complet (dans les circonstances limitées où il s'applique), tandis que, dans le premier, la partie lésée n'est généralement pas indemnisée complètement de son préjudice. Comme l'a déclaré le vicomte Simon dans l'arrêt *Nance c. British Columbia Electric Railway Co.*, [1951] A.C. 601 (P.C.), à la p. 611:

[TRADUCTION] Mais lorsque la négligence contributive est invoquée comme moyen de défense, son existence ne dépend d'aucune obligation que la partie lésée a envers la partie poursuivie, et tout ce qu'il faut pour établir le bien-fondé d'un tel moyen de défense, c'est de convaincre le jury que la partie lésée n'a pas, dans son propre intérêt, fait montre de diligence raisonnable envers elle-même et a contribué, par son absence de diligence, au préjudice qu'elle a subi. Car, lorsque la négligence contributive est invoquée pour combattre l'obligation d'indemniser complètement le demandeur de sa réclamation, le principe en cause est que, quand une personne est en partie responsable du préjudice qu'elle a subi, elle ne peut pas demander à l'autre partie de l'indemniser complètement de celui-ci.

BVHB soutient ensuite que, dans les affaires d'obligation de mise en garde, il devrait être plus difficile pour l'auteur du délit de se décharger du fardeau de prouver l'existence de la négligence contributive parce que la partie lésée n'a pas la connaissance nécessaire pour évaluer de façon éclairée les risques que présente l'utilisation du produit. En l'espèce, le défaut de BVHB d'utiliser le système DFT est une conséquence prévisible de la violation de l'obligation de mise en garde au sujet de l'inflammabilité du Thermaclad. En l'absence de mise en garde relativement aux dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la

of Thermaclad in this marine installation, it would never have permitted the rig to operate in the absence of an effective grounding system. For these reasons, BVHB submits that the defendants bear total responsibility for the fire and its consequences.

75 The defendants respond that the burden of showing contributory negligence is the same in duty to warn cases as in other cases. The evidence, they submit, establishes contributory negligence. The damage sustained by BVHB was a foreseeable result of BVHB's negligent failure to operate with a functioning GFCB system. BVHB did not need to foresee the specific role that Thermaclad would play in a fire. It is enough that BVHB foresaw the possibility of a gas explosion.

76 I accept the defendants' submissions. The test for contributory negligence was summarized by Denning L.J. in *Jones v. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608 (C.A.), at p. 615:

Although contributory negligence does not depend on a duty of care, it does depend on foreseeability. Just as actionable negligence requires the foreseeability of harm to others, so contributory negligence requires the foreseeability of harm to oneself. A person is guilty of contributory negligence if he ought reasonably to have foreseen that, if he did not act as a reasonable, prudent man, he might be hurt himself; and in his reckonings he must take into account the possibility of others being careless.

The trial judge found that the fire started because the rig was being operated without a GFCB system. The fire would not have occurred "but for" the negligence of BVHB: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311. The conduct of BVHB viewed independently was negligent. The fire was a foresee-

plate-forme, BVHB a considéré le système DFT seulement comme une mesure de protection contre les explosions dues au gaz. BVHB prétend que, si elle avait été prévenue des dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad dans son installation en mer, elle n'aurait jamais permis l'exploitation de la plate-forme en l'absence d'un système efficace de fuite à la terre. Pour ces raisons, BVHB affirme que les défenderesses doivent assumer l'entière responsabilité de l'incendie et de ses conséquences.

Les défenderesses répondent que le fardeau de la preuve en ce qui concerne la négligence contributive est le même dans les affaires où il y a obligation de mise en garde que dans les autres affaires. Elles prétendent que la preuve établit la négligence contributive. Les dommages subis par BVHB étaient une conséquence prévisible du défaut négligent de BVHB d'utiliser un système DFT efficace. BVHB n'avait pas besoin de prévoir le rôle précis que le Thermaclad jouerait dans un incendie. Il est suffisant que BVHB ait prévu la possibilité d'une explosion due au gaz.

J'accepte les arguments des défenderesses. Le critère applicable en matière de négligence contributive a été résumé par lord Denning dans l'arrêt *Jones c. Livox Quarries Ltd.*, [1952] 2 Q.B. 608 (C.A.), à la p. 615:

[TRADUCTION] Bien que la négligence contributive ne dépende pas d'une obligation de diligence, elle dépend bel et bien de la prévisibilité. Tout comme la négligence donnant ouverture à une poursuite exige la prévisibilité d'un préjudice à autrui, la négligence contributive exige la prévisibilité d'un préjudice à soi-même. Une personne est coupable de négligence contributive si elle aurait dû raisonnablement prévoir que, si elle n'agissait pas de façon raisonnable et prudente, elle pourrait se causer préjudice; et dans ses estimations, elle doit prendre en considération la possibilité que d'autres personnes manquent de diligence.

Le juge de première instance a conclu que l'incendie s'était déclaré parce que la plate-forme était exploitée sans système DFT. L'incendie ne se serait pas produit [TRADUCTION] «n'eût été» la négligence de BVHB: *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311. Examinée isolément, la conduite de

able result of BVHB's failure to operate with a functioning GFCB system. It was not necessary for BVHB to foresee the precise type of damage or sequence of events that would result from its negligence: *Hughes v. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837 (H.L.), and *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*Wagon Mound No. 2*). The fact that it was aware of the risk of explosion was enough. It follows that the negligence of BVHB was a proximate cause of the fire.

BVHB also argues that there should be a distinction between responsibility for "fire initiation" damages and "fire propagation" damages. The trial judge did not determine the precise role played by Thermaclad in the damage, particularly with respect to the damage to the cables. Although he found that the fire was initially spread from the Thermaclad to the cables, he also found that once the cables caught fire they fuelled themselves and caused additional Thermaclad to catch fire. These findings preclude distinguishing between the damage caused by initiation and propagation in this case.

I agree with the courts below that BVHB was contributorily negligent. The remaining question is the extent of BVHB's responsibility. Apportionment of liability is primarily a matter within the province of the trial judge, and appellate courts should not interfere with the trial judge's apportionment unless there is demonstrable error in the trial judge's appreciation of the facts or applicable legal principles: *Sparks v. Thompson*, [1975] 1 S.C.R. 618; see also the judgment of Dickson J. (as he then was) in *Taylor v. Asody*, [1975] 2 S.C.R. 414 (dissenting in result).

BVHB submits that the Court of Appeal should have reassessed the apportionment of responsibil-

BVHB a été négligente. L'incendie qui s'est produit était une conséquence prévisible du fait que BVHB n'a pas utilisé un système DFT efficace. Il n'était pas nécessaire que BVHB prévoie de façon précise les dommages ou la suite d'événements qui résulteraient de sa négligence: *Hughes c. Lord Advocate*, [1963] A.C. 837 (H.L.) et *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Miller Steamship Co. Pty.*, [1967] 1 A.C. 617 (P.C.) (*Wagon Mound No. 2*). Le fait qu'elle connaissait le risque d'explosion était suffisant. Il s'ensuit que la négligence de BVHB a constitué une cause immédiate de l'incendie.

BVHB soutient également qu'il faut faire une distinction entre la responsabilité pour les dommages résultant du «déclenchement de l'incendie» et la responsabilité pour les dommages résultant de la «propagation de l'incendie». Le juge de première instance n'a pas déterminé le rôle précis du Thermaclad dans les dommages, notamment en ce qui concerne les dommages aux câbles. Même s'il a conclu que l'incendie s'est propagé initialement du Thermaclad aux câbles, il a également conclu qu'une fois les câbles enflammés, ceux-ci ont suffi à alimenter l'incendie et ont même amené une autre partie du Thermaclad à prendre feu. Ces conclusions empêchent de distinguer entre les dommages causés par le déclenchement de l'incendie et ceux causés par la propagation de l'incendie en l'espèce.

Je suis d'accord avec les juridictions inférieures pour conclure à la négligence contributive de BVHB. La question qui reste est celle de l'étendue de la responsabilité de BVHB. La répartition de la responsabilité est une question qui relève au premier chef du juge de première instance, et les tribunaux d'appel ne devraient pas modifier la répartition faite par ce dernier sauf s'il a commis une erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables: *Sparks c. Thompson*, [1975] 1 R.C.S. 618; voir également les motifs du juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Taylor c. Asody*, [1975] 2 R.C.S. 414 (dissidents quant au résultat).

BVHB prétend que la Cour d'appel aurait dû réexaminer la répartition de la responsabilité étant

77

78

79

ity because it reversed the trial judge's finding that it was negligent in allowing the cables to accumulate residue. The trial judge apportioned the majority of the fault to BVHB on the ground that BVHB's negligence in continuing to operate the heat trace system, even when unnecessary, outweighed the defendants' negligence. The accumulation of residue on the cables was not determinative. It follows that reversal on that issue does not invalidate the trial judge's conclusion that the plaintiff should bear the greatest portion of responsibility for the loss.

donné qu'elle a infirmé la conclusion du juge de première instance selon laquelle BVHB avait été négligente en permettant l'accumulation de résidus d'huile sur les câbles. Le juge de première instance a attribué la plus grande partie de la faute à BVHB pour le motif que la négligence dont celle-ci a fait montre en continuant de faire fonctionner le système de réchauffage des conduites, même lorsque ce n'était pas nécessaire, l'emportait sur la négligence des défenderesses. L'accumulation de résidus sur les câbles n'a pas été déterminante. Il s'ensuit que l'annulation du jugement sur ce point n'invalide pas la conclusion du juge de première instance que la demanderesse devrait assumer la plus grande partie de la responsabilité de la perte.

80 More generally, the trial judge made no error of fact or law in apportioning liability for the loss. There was ample evidence to support his finding that BVHB's negligence outweighed that of the defendants. Although it may not have been aware of the detailed characteristics of Thermaclad, BVHB was aware that it could burn. It was aware of the risk of arcing as there had been previous arcing incidents, and it was aware of the risk of explosion from arcing. Nor did the trial judge misapprehend the applicable legal principles. I would not disturb the trial judge's finding that the liability should be apportioned 60 percent to BVHB and 40 percent to the defendants Raychem and SJSJL.

De façon plus générale, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de fait ni de droit en répartissant la responsabilité de la perte. Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant sa conclusion que la négligence de BVHB l'emportait sur celle des défenderesses. Même si BVHB ne connaissait peut-être pas le détail des caractéristiques du Thermaclad, elle savait qu'il pouvait brûler. Elle était au courant du risque de formation d'arcs électriques, car il y en avait déjà eus, et elle était au courant du risque d'explosion due à des arcs électriques. De plus, le juge de première instance n'a pas mal compris les principes juridiques applicables. Je suis d'avis de ne pas modifier sa conclusion que la responsabilité devrait être attribuée dans une proportion de 60 pour 100 à BVHB et dans une proportion de 40 pour 100 aux défenderesses Raychem et SJSJL.

H. *Does BVHB's Contributory Negligence Bar Its Claims?*

H. *La négligence contributive de BVHB constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations?*

81 The defendants assert that the plaintiffs' claims are barred because at common law, contributory negligence is a bar to recovery. The plaintiffs respond that their contributory negligence is not a bar because: (a) the law of the vessel's flag, Bermuda, applies; (b) alternatively, the Newfoundland *Contributory Negligence Act* applies; (c) in the further alternative, the common law applicable in maritime cases does not make contributory negligence a bar. I accept the plaintiffs' contention on

Les défenderesses prétendent que les réclamations des demandereses sont irrecevables parce que, en common law, la négligence contributive constitue une fin de non-recevoir à l'indemnisation. Les demandereses répliquent que leur négligence contributive ne constitue pas une fin de non-recevoir pour les raisons suivantes: a) le droit applicable est celui du pays dont le bâtiment bat pavillon, en l'occurrence les Bermudes; b) subsidiairement, c'est la *Contributory Negligence Act*

the last ground and conclude that BVHB's right to recover is not barred by its contributory negligence.

The first question is whether the law of the vessel applies. The plaintiffs argue that the fire occurred on the high seas, making applicable the law of the flag of the vessel, Bermuda. They then assert that since Bermuda law was not proven, the law of Newfoundland should be applied. This argument rests on a series of tenuous propositions, the first of which is that the fire occurred on the high seas. It must fail, if only because the fact was not proved.

Alternatively, the plaintiffs submit that the law of Newfoundland should be applied. The defendants reply that this is a maritime matter and that the applicable law is maritime law, not the law of Newfoundland. This raises the question of which law applies — Newfoundland law or federal maritime law?

The plaintiffs submit that maritime law should not apply because the *Thermaclad* had no relationship to the rig's navigational equipment and because the claims are advanced in tort and contract, rather than navigation and shipping. However, the legal nature of a claim is not the decisive factor in the determination of whether the principles of maritime law apply. What is required is "that the subject-matter under consideration in any case [be] so integrally connected to maritime matters as to be legitimate Canadian maritime law within federal legislative competence": *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 774, per McIntyre J. It follows that "tortious liability which arises in a maritime context is governed by a body of maritime law within the exclusive legislative

de Terre-Neuve qui s'applique; c) subsidiairement encore, la common law applicable aux affaires maritimes ne fait pas de la négligence contributive une fin de non-recevoir. J'accepte la prétention des demandereses pour le dernier motif invoqué, et je conclus que la négligence contributive de BVHB ne fait pas obstacle à l'exercice de son droit d'être indemnisée.

La première question est de savoir si le droit du pays dont le navire bat pavillon s'applique. Les demandereses soutiennent que comme l'incendie est survenu en haute mer, c'est en l'occurrence le droit des Bermudes qui s'applique. Elles poursuivent en affirmant que, puisque le droit des Bermudes n'a pas été prouvé, c'est celui de Terre-Neuve qui devrait être appliqué. Cette thèse s'appuie sur une série d'arguments plutôt faibles, le premier étant que l'incendie est survenu en haute mer. Cette thèse ne saurait être retenue, ne serait-ce que parce que ce fait n'a pas été prouvé.

Subsidiairement, les demandereses avancent que le droit de Terre-Neuve devrait s'appliquer. Les défenderesses répondent qu'il s'agit d'une affaire maritime et que le droit applicable est le droit maritime et non le droit de Terre-Neuve. Cela soulève la question de savoir quel droit s'applique — le droit de Terre-Neuve ou le droit maritime fédéral?

Les demandereses prétendent que le droit maritime ne devrait pas s'appliquer parce que le *Thermaclad* n'a aucun rapport avec le matériel de navigation de la plate-forme et parce que les réclamations sont fondées sur la responsabilité délictuelle et contractuelle et ne concernent pas la navigation et ni les expéditions par eau. Cependant, la nature juridique d'une réclamation n'est pas le facteur décisif pour déterminer si les principes du droit maritime s'appliquent. Il faut «que la question examinée dans chaque cas [soit] entièrement liée aux affaires maritimes au point de constituer légitimement du droit maritime canadien qui relève de la compétence législative fédérale»: *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 774, le juge McIntyre. Il s'ensuit que «la respon-

82

83

84

jurisdiction of Parliament”: *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1289, *per* La Forest J.

sabilité délictuelle dont il est question dans un contexte maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement»: *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1289, le juge La Forest.

85

This case involves tortious liability arising in a maritime context. The Court of Appeal, *per* Cameron J.A., held that “[t]he activities of the Bow Drill 3 are essentially maritime in nature, albeit a modern view of maritime activity” (p. 134). The rig was not only a drifting platform, but a navigable vessel. As Cameron J.A. put it at pp. 133-34, the rig “is capable of self-propulsion; even when drilling, is vulnerable to the perils of the sea; is not attached permanently to the ocean floor and, can travel world wide to drill for oil”. Alternatively, even if the rig is not a navigable vessel, the tort claim arising from the fire would still be a maritime matter since the main purpose of the Bow Drill III was activity in navigable waters. The operation of the rig’s heat trace system was hazardous because the GFCB system that was installed was not appropriate in the ungrounded marine context. The claims against the defendants for failure to warn included allegations that the defendants knew about the special marine material requirements such as non-combustibility or flame retardancy. The products liability issues in this case are clearly dominated by marine considerations.

Il s’agit en l’espèce de responsabilité délictuelle dans un contexte maritime. La Cour d’appel, sous la plume du juge Cameron, a statué que [TRADUCTION] «[l]es activités de la plate-forme Bow Drill 3 sont essentiellement de nature maritime, quoiqu’il s’agisse d’une activité maritime d’un type moderne» (p. 134). La plate-forme n’était pas seulement une plate-forme flottante, mais un bâtiment navigable. Comme l’a dit le juge Cameron, aux pp. 133 et 134, la plate-forme [TRADUCTION] «peut se propulser par ses propres moyens; même lorsqu’elle fait du forage, elle est vulnérable aux dangers de la mer; elle n’est pas attachée en permanence au fond de l’océan et elle peut voyager à travers le monde afin de forer à la recherche du pétrole». Subsidiairement, même si la plate-forme n’est pas un bâtiment navigable, la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle qui a été exercée à la suite de l’incendie n’en serait pas moins une question maritime puisque l’objet principal de la plate-forme Bow Drill III était une activité se déroulant dans des eaux navigables. Le fonctionnement du système de réchauffage des conduites de la plate-forme était dangereux parce que le système DFT qui avait été installé ne convenait pas dans un contexte maritime sans mise à la terre. Les réclamations exercées contre les défenderesses pour défaut de mise en garde comportaient des allégations selon lesquelles les défenderesses connaissaient les exigences spéciales concernant le matériel maritime comme l’incombustibilité ou l’iminflammabilité. Dans la présente affaire, les questions relatives à la responsabilité du fait des produits sont clairement dominées par des considérations d’ordre maritime.

86

This is not a case that “is in ‘pith and substance’ a matter of local concern involving property and civil rights or any other matter which is in essence within exclusive provincial jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*”: *ITO, supra*, at p. 774, *per* McIntyre J. I conclude that the issues

Il ne s’agit pas d’une affaire qui «constitue, de par son caractère véritable, une matière d’une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils ou toute autre question qui relève essentiellement de la compétence exclusive de la province en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitu-*

for resolution in this case are integrally connected with maritime matters, and fall to be resolved under Canadian maritime law.

The plaintiffs next submit that even if the claims are maritime matters, the law of Newfoundland applies because treaties and related laws make Newfoundland the proper legal forum and provide for the operation of Newfoundland law on the continental shelf. The difficulty with this submission is that assuming Newfoundland law to apply, Newfoundland law includes federal law and the principle that Canadian maritime law applies to maritime matters:

Once it has been determined that a matter is governed by constitutionally valid federal law, as in this case, then the relevant legal unit is Canada and not a particular province. Federal law is not foreign law *vis-à-vis* the law of a province since it is an integral part of the law of each province and territory. [Emphasis added.]

(*ITO*, *supra*, at p. 777, per McIntyre J.)

Since the claims advanced relate to maritime matters, the law of Newfoundland mandates the application of Canadian maritime law, not the Newfoundland *Contributory Negligence Act*.

Policy considerations support the conclusion that marine law governs the plaintiffs' tort claim. Application of provincial laws to maritime torts would undercut the uniformity of maritime law. The plaintiff BVHB argues that uniformity is only necessary with respect to matters of navigation and shipping, such as navigational rules or items that are the subject of international conventions. I do not agree. There is nothing in the jurisprudence of this Court to suggest that the concept of uniformity should be so limited. This Court has stated that "Canadian maritime law", not merely "Canadian maritime law related to navigation and shipping", must be uniform. BVHB argues that uniformity can be achieved through the application of provincial contributory negligence legislation as all prov-

tionnelle de 1867»: *ITO*, précité, à la p. 774, le juge McIntyre. Je conclus que les questions qui se posent en l'espèce relèvent intégralement du domaine maritime et doivent être tranchées en vertu du droit maritime canadien.

Les demandresses soutiennent ensuite que, même si les réclamations sont des questions d'ordre maritime, le droit de Terre-Neuve s'applique parce que des traités et des lois connexes font de Terre-Neuve le ressort compétent et prévoient l'application du droit de cette province au plateau continental. La difficulté que présente cet argument est que, en supposant que le droit de Terre-Neuve s'applique, celui-ci comprend le droit fédéral et donc le principe que le droit maritime canadien s'applique aux affaires maritimes:

Dès qu'il est établi qu'une question est régie par une loi fédérale valide sur le plan constitutionnel, comme c'est le cas en l'espèce, l'entité juridique importante est alors le Canada et non une province en particulier. Le droit fédéral ne constitue pas du droit étranger par rapport à celui d'une province, puisqu'il fait partie intégrante du droit de chaque province et de chaque territoire. [Je souligne.]

(*ITO*, précité, à la p. 777, le juge McIntyre.)

Comme les réclamations présentées concernent le domaine maritime, le droit de Terre-Neuve commande l'application du droit maritime canadien et non celle de la *Contributory Negligence Act* de cette province.

Des considérations de principe viennent étayer la conclusion selon laquelle le droit maritime régit la réclamation fondée sur la responsabilité délictuelle exercée par les demandresses. L'application des lois provinciales aux délits maritimes nuirait à l'uniformité du droit maritime. La demandresse BVHB soutient que l'uniformité est nécessaire seulement en ce qui concerne les affaires de navigation et d'expéditions par eau, comme les règles de la navigation ou les questions qui font l'objet de conventions internationales. Je ne suis pas d'accord. Rien dans la jurisprudence de notre Cour ne donne à penser que la notion d'uniformité devrait être ainsi limitée. Notre Cour a déclaré que «le droit maritime canadien», et non pas seulement «le droit maritime canadien relatif à la navigation et

inces have apportionment provisions in the statutes. However, there are important differences between the various provincial statutes. These differences might lead over time to non-uniformity and uncertainty. Difficulty might also arise as to what province's law applies in some situations.

aux expéditions par eau», doit être uniforme. BVHB plaide que cette uniformité peut être réalisée par l'application des lois provinciales en matière de négligence contributive, puisque toutes les provinces ont édicté, dans ces lois, des dispositions concernant la répartition de la responsabilité. Cependant, il existe des différences importantes entre les diverses lois provinciales. Ces différences pourraient, avec le temps, créer de l'incertitude et entraîner une absence d'uniformité. Des difficultés pourraient également surgir lorsqu'il s'agira de déterminer le droit de quelle province s'applique dans certaines situations.

89 The plaintiffs argue that this Court's decision in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, provides that provincial laws can apply to maritime matters in the absence of federal law. Assuming this is so, it does not advance the plaintiffs' case. On the view I take, there is no "gap" that would allow for the application of provincial law. While the federal government has not passed contributory negligence legislation for maritime torts, the common law principles embodied in Canadian maritime law remain applicable in the absence of federal legislation. The question is not whether there is federal maritime law on the issue, but what that law decrees.

Les demandereses prétendent qu'il ressort de l'arrêt de notre Cour *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, que des lois provinciales peuvent s'appliquer à des affaires maritimes en l'absence de règles de droit fédéral. À supposer que ce soit le cas, cela n'aide pas la cause des demandereses. Suivant le point de vue que j'adopte, il n'existe pas de «vide» qui justifierait l'application du droit provincial. Bien que le gouvernement fédéral n'ait pas adopté de loi concernant la négligence contributive en matière de délits maritimes, les principes de common law incorporés dans le droit maritime canadien restent applicables en l'absence de législation fédérale. La question n'est pas de savoir s'il existe des règles de droit maritime fédérales sur la question en litige, mais plutôt de savoir ce que dicte ce droit.

90 The common law inherited from Britain barred a contributorily-negligent plaintiff from recovery. Canadian maritime law embraces the common law principles of tort: *ITO, supra*, at p. 779. The basis of the old common law "defence" of contributory negligence, thought to have originated in *Butterfield v. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.), was that the damages suffered by a contributorily negligent party were not totally the fault of a tortfeasor. Courts were reluctant to allow the injured party to recover where the tortfeasor was not fully responsible for the damage. In essence, this was a "causation" rationale. The Court took the view that the injured party had failed to prove that the tortfeasor caused the damage: *Toronto Transportation Commission v. The King*, [1949]

La common law héritée de l'Angleterre faisait obstacle à l'indemnisation des demandeurs dont la négligence contributive avait été retenue. Le droit maritime canadien englobe les principes de la common law en matière de responsabilité délictuelle: *ITO*, précité, à la p. 779. Le vieux [TRADUCTION] «moyen de défense» fondé sur la négligence contributive en common law, dont l'origine serait l'arrêt *Butterfield c. Forrester* (1809), 11 East. 60, 103 E.R. 926 (K.B.), reposait sur l'idée que les dommages subis par une partie coupable de négligence contributive n'étaient pas entièrement imputables à la faute de l'auteur du délit. Les tribunaux étaient réticents à permettre l'indemnisation de la partie lésée alors que l'auteur du délit n'était pas totalement responsable des dommages. Essentielle-

S.C.R. 510, at p. 515. In England, prior to statutory revision, this bar for recovery by contributorily negligent plaintiffs was acknowledged to apply in maritime cases: see e.g. *The "Sobieski"* (1949), 82 L.L.R. 370 (C.A.). In Canada, the rule has been applied or referred to in the context of both non-maritime and maritime matters in cases including: *Toronto Transportation Commission, supra*, *Garland Steamship Co. v. The Queen*, [1960] S.C.R. 315, *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. v. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505, and *Fraser River Harbour Commission v. The "Hiro Maru"*, [1974] 1 F.C. 490 (T.D.).

The common law rule has been abrogated for certain collisions between vessels by s. 565 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, but remains in effect for situations not covered by the *Canada Shipping Act* provisions: see e.g. *Algoma Central, supra*, and *The "Hiro Maru"*, *supra*. Parliament recently tabled Bill C-73, which would (amongst other matters) reform the *Canada Shipping Act* in relation to collision cases involving wrongful death by stating that in such cases contributory negligence is not a bar to recovery and establishing an apportionment regime. The Department of Justice is considering wider reforms, including the abrogation of the contributory negligence bar through the enactment of federal legislation: see Department of Justice, Admiralty and Maritime Law Section, Discussion Paper, *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts*.

The plaintiffs argue that this Court should follow the approach taken by the Newfoundland

ment, il s'agissait d'un raisonnement fondé sur la [TRADUCTION] «causalité». La Cour a estimé que la partie lésée n'avait pas prouvé que l'auteur du délit avait causé les dommages: *Toronto Transportation Commission c. The King*, [1949] R.C.S. 510, à la p. 515. En Angleterre, avant la réforme législative, il était admis que cet obstacle à l'indemnisation des demandeurs coupables de négligence contributive s'appliquait aux affaires maritimes: voir, par ex., l'arrêt *The «Sobieski»* (1949), 82 L.L.R. 370 (C.A.). Au Canada, la règle a été appliquée ou mentionnée dans le contexte d'affaires maritimes et d'affaires non maritimes, notamment dans les arrêts suivants: *Toronto Transportation Commission*, précité, *Garland Steamship Co. c. The Queen*, [1960] R.C.S. 315, *Algoma Central & Hudson Bay Railway Co. c. Manitoba Pool Elevators Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 505, et *Commission de port du Fraser c. Le «Hiro Maru»*, [1974] 1 C.F. 490 (1^{re} inst.).

La règle de common law a été abrogée à l'égard de certaines collisions entre des bâtiments par l'art. 565 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, mais elle continue de s'appliquer aux situations non visées par les dispositions de cette loi: voir, par ex., *Algoma Central*, précité, et *Le «Hiro Maru»*, précité. Récemment, le législateur fédéral a déposé le projet de loi C-73, qui vise à modifier (entre autres choses) la *Loi sur la marine marchande du Canada* en ce qui concerne les affaires de collision entraînant un décès causé par une faute, en précisant que, dans de tels cas, la négligence contributive de la victime n'entraîne pas l'irrecevabilité de la demande d'indemnisation et en établissant un régime de partage de la responsabilité. Le ministère de la Justice envisage des réformes plus vastes, notamment l'abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive par l'édiction de dispositions législatives fédérales: voir ministère de la Justice, Section de l'amirauté et du droit maritime, Document de travail, *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*.

Les demandresses soutiennent que notre Cour devrait suivre l'approche adoptée par la Cour d'ap-

Court of Appeal and remove the maritime contributory negligence bar. They contend that the bar is out of date, and that it is time for Canada to adopt a regime of apportionment in maritime claims, as other jurisdictions have done. The defendants, in response, submit that the common law rule barring recovery for contributory negligence in maritime cases is long established. They point out that parties involved in maritime activity arrange their affairs on the basis of the existing law, which bars recovery by contributorily negligent plaintiffs in maritime collision cases. If the bar is to be lifted, this should be done by Parliament, they argue.

pel de Terre-Neuve et abolir la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière maritime. Elles prétendent que cette fin de non-recevoir est dépassée et que le temps est venu pour le Canada de faire comme ont fait d'autres pays et d'adopter un régime de partage de la responsabilité dans les réclamations en matière maritime. Les défenderesses répliquent que la règle de common law faisant obstacle à l'indemnisation en cas de négligence contributive dans les affaires maritimes est établie depuis longtemps. Elles soulignent que les parties qui exercent des activités dans le domaine maritime organisent leurs affaires en fonction du droit existant, qui interdit l'indemnisation des demandeurs coupables de négligence contributive dans les affaires de collision en mer. Si cette interdiction doit être levée, c'est par le législateur fédéral qu'elle devrait l'être, affirment-elles.

93

The question is whether the proposed change falls within the test for judicial reform of the law which has been developed by this Court. Courts may change the law by extending existing principles to new areas of the law where the change is clearly necessary to keep the law in step with the "dynamic and evolving fabric of our society" and the ramifications of the change are not incapable of assessment. Conversely, courts will not intervene where the proposed changes will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately gauged: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, and *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654. As Iacobucci J. put it in *Salituro* (at p. 670):

La question qui se pose est de savoir si le changement proposé satisfait au critère élaboré par notre Cour en ce qui concerne la réforme du droit par les tribunaux. Les tribunaux peuvent changer le droit en étendant les principes existants à de nouveaux domaines du droit lorsque le changement est clairement nécessaire pour que le droit suive «l'évolution et le dynamisme de la société» et lorsqu'il n'est pas impossible d'évaluer les conséquences du changement. À l'inverse, les tribunaux n'interviendront pas lorsque les changements proposés auront des effets complexes et d'une grande portée, plaçant le droit sur une trajectoire inconnue et dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, et *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654. Comme l'a dit le juge Iacobucci dans *Salituro* (à la p. 670):

These cases reflect the flexible approach that this Court has taken to the development of the common law. Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. As *McLachlin J.* indicated in *Watkins*, *supra*, in a constitutional democracy such as ours it is the legislature and not the courts which has the major responsibility for law reform; and for any changes to the law which may have complex

Ces arrêts témoignent de l'attitude souple que notre Cour a adoptée envers l'évolution de la common law. Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empresser de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. Comme le juge *McLachlin* l'a souligné dans l'arrêt *Watkins*, précité, en régime de démocratie constitutionnelle comme le nôtre, c'est le législateur et non les tribunaux qui assume, quant à la réforme du droit, la

ramifications, however necessary or desirable such changes may be, they should be left to the legislature. The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

In my view, recognition of shared liability for fault and elimination of the contributory negligence bar in maritime torts falls within these principles.

First, the change is required to keep the maritime common law “in step with the dynamic and evolving fabric of our society”. The considerations on which the contributory negligence bar was based no longer comport with the modern view of fairness and justice. Tort law no longer accepts the traditional theory underpinning the contributory negligence bar — that the injured party cannot prove that the tortfeasor “caused” the damage. The contributory negligence bar results in manifest unfairness, particularly where the negligence of the injured party is slight in comparison with the negligence of others. Nor does the contributory negligence bar further the goal of modern tort law of encouraging care and vigilance. So long as an injured party can be shown to be marginally at fault, a tortfeasor’s conduct, no matter how egregious, goes unpunished.

Judges and commentators are united in condemning the bar. The continuing existence of a maritime contributory negligence bar has been termed “archaic” (see W. Tetley, “A Definition of Canadian Maritime Law” (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, at p. 138). In a maritime personal injury case, Mackenzie J. described the bar much less charitably as “a harsh anachronism out of tune with contemporary standards of fairness”: *Peters v. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389 (S.C.), at p. 397.

responsabilité principale; et tout changement qui risquerait d’entraîner des conséquences complexes devrait, aussi nécessaire ou souhaitable soit-il, être laissé au législateur. Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l’évolution et le dynamisme de la société.

À mon avis, la reconnaissance du partage de la responsabilité en cas de faute et la suppression de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en matière de délits maritimes sont visées par ces principes.

Premièrement, le changement est requis pour que la common law en matière maritime «suive l’évolution et le dynamisme de la société». Les considérations servant de fondement à la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive ne sont plus compatibles avec la conception moderne de l’équité et de la justice. Le droit de la responsabilité délictuelle n’accepte plus la doctrine traditionnelle qui sous-tend cette fin de non-recevoir — savoir que la partie lésée est incapable de prouver que l’auteur du délit «a causé» le dommage. La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive est source d’injustice manifeste, particulièrement lorsque la négligence de la partie lésée est légère en comparaison de celle d’autrui. Cette fin de non-recevoir ne sert pas non plus l’objectif du droit moderne de la responsabilité délictuelle qui consiste à favoriser la diligence et la vigilance. Tant qu’il est possible d’établir que la partie lésée est marginalement fautive, la conduite de l’auteur d’un délit, si odieuse soit-elle, reste impunie.

Les juges et les commentateurs s’unissent pour condamner cette fin de non-recevoir. Son maintien en matière maritime a été qualifié d’[TRADUCTION] «archaïque» (voir W. Tetley, «A Definition of Canadian Maritime Law» (1996), 30 *U.B.C. L. Rev.* 137, à la p. 138). Dans une affaire de lésions corporelles en matière maritime, le juge Mackenzie a décrit cette fin de non-recevoir en termes beaucoup moins charitables, la qualifiant d’[TRADUCTION] «anachronisme criant, complètement déphasé par rapport aux normes contemporaines de l’équité»: *Peters c. A.B.C. Boat Charters Ltd.* (1992), 73 B.C.L.R. (2d) 389 (C.S.), à la p. 397.

96

Although admiralty law in the United States is a combination of legislation and judicially created rules, much of the reform in the area of contributory negligence and apportionment based on liability originated with the judiciary. The United States Supreme Court removed the contributory negligence bar over one hundred years ago in *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890). The plaintiff longshoreman sued for injuries sustained when he fell from the defendant ship's bridge. The accident was found to have been caused both by the negligence of the plaintiff and the negligent removal of a ladder by the defendant ship operators. Blatchford J., after reviewing the case law, concluded that the contributory negligence bar had been gradually relaxed and applied the divided damages rule which then prevailed in maritime collision cases. He stated (at pp.14-15):

All these were cases in admiralty, and were not cases of collision between two vessels. They show an amelioration of the common law rule, and an extension of the admiralty rule in a direction which we think is manifestly just and proper. Contributory negligence, in a case like the present, should not wholly bar recovery. There would have been no injury to the libellant but for the fault of the vessel; and while, on the one hand, the court ought not to give him full compensation for his injury, where he himself was partly in fault, it ought not, on the other hand, to be restrained from saying that the fact of his negligence should not deprive him of all recovery of damages. As stated by the District Judge in his opinion in the present case, the more equal distribution of justice, the dictates of humanity, the safety of life and limb and the public good, will be best promoted by holding vessels liable to bear some part of the actual pecuniary loss sustained by the libellant, in a case like the present, where their fault is clear, provided the libellant's fault, though evident, is neither wilful, nor gross, nor inexcusable, and where the other circumstances present a strong case for his relief. We think this rule is applicable to all like cases of marine tort founded upon negligence and prosecuted in admiralty, as in harmony with the rule for the division of damages in cases of collision. The mere fact of the negligence of the libellant as partly occasioning the injuries to him, when they also occurred partly

Bien que le droit de l'amirauté aux États-Unis soit un amalgame de règles législatives et prétoriennes, les tribunaux sont à l'origine d'une grande partie des améliorations apportées dans le domaine de la négligence contributive et de la répartition fondée sur la responsabilité. La Cour suprême des États-Unis a aboli la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive il y a plus de cent ans dans l'arrêt *The Max Morris*, 137 U.S. 1 (1890). Le débardeur demandeur avait intenté une action par suite des blessures qu'il avait subies en tombant du pont du navire défendeur. Le tribunal a conclu que l'accident avait été causé à la fois par la négligence du demandeur lui-même et par le retrait négligent d'une échelle par les exploitants du navire défendeur. Après examen de la jurisprudence, le juge Blatchford a conclu que la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive avait été graduellement assouplie et il a suivi la règle du partage de la charge des dommages, qui était alors appliquée dans les affaires de collisions maritimes. Il a déclaré ceci (aux pp. 14 et 15):

[TRADUCTION] Il s'agissait exclusivement d'affaires d'amirauté et non pas d'affaires de collision entre deux bâtiments. Elles attestent une amélioration de la règle de common law ainsi qu'une extension de la règle d'amirauté dans une direction que nous croyons manifestement juste et correcte. Dans une affaire comme la présente, la négligence contributive ne devrait pas empêcher totalement l'indemnisation. Le demandeur n'aurait pas subi de préjudice n'eût été la faute du bâtiment; et même si, d'une part, la cour ne doit pas lui accorder pleine compensation pour son préjudice, dès lors qu'il a lui-même été en partie fautif, elle ne doit pas, d'autre part, être empêchée de dire que sa négligence ne devrait pas le priver de toute indemnisation de ses dommages. Comme l'a déclaré le juge de district dans ses motifs en l'espèce, on favorisera davantage l'égalité de la justice, les préceptes de l'humanité, la sécurité de la vie et l'intégrité physique ainsi que le bien public en mettant à la charge des bâtiments une partie de la perte financière réelle subie par le demandeur, dans une affaire comme celle qui nous occupe, lorsque la faute du bâtiment est manifeste, pourvu que celle du demandeur, bien qu'évidente, ne soit ni volontaire, ni lourde, ni inexcusable, et lorsque les autres circonstances militent fortement en faveur de l'octroi d'une réparation à son endroit. Nous estimons que cette règle est applicable à toutes les affaires analogues de délit sur-

through the negligence of the officers of the vessel, does not debar him entirely from a recovery.

Legislation providing for apportionment based on fault in personal injury cases was later enacted. More recently, the principle of contribution between tortfeasors was recognized in *Cooper Stevedoring Co. v. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974). Finally, in relation to collision cases, the United States Supreme Court reformed the common law divided damages rule and apportioned damages proportionately to the comparative degrees of fault: *United States v. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975).

I turn next to the question of whether removal of the contributory negligence bar will have unforeseeable or complex ramifications beyond the cognizance of the judiciary. In my view, it will not. The principle of apportionment for non-maritime torts is universally accepted in every part of Canada and indeed, around the world. Statutes have eliminated the bar and substituted a rule of apportionment in England, Australia and the common law provinces of Canada. The same holds under the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (art. 1478): see J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4th ed. 1994), at paras. 490-91. In England, Australia and the United States, the bar has been removed, and apportionment made the rule, for maritime torts. In all these jurisdictions, the rule of apportionment operates without apparent problem. In brief, the proposed change has been tried and tested. This experience tells us what will happen if the contributory negligence bar is lifted and apportionment allowed. We can confidently predict that lifting the bar will not produce unforeseen or problematic consequences. Rather, the effect will be positive: to bring the law in step not only with "the changing social, moral and economic fabric of the country" (*Salituro, supra*, at p. 670), but with the

venu en mer fondées sur la négligence et poursuivies en amirauté, car elle est en accord avec la règle du partage des dommages dans les affaires d'abordage. Le simple fait que la négligence du demandeur est partiellement à l'origine de ses blessures, alors qu'elles résultent également en partie de la négligence des officiers du bâtiment, ne l'empêche pas totalement d'être indemnisé.

Le texte de loi qui prévoit la répartition en fonction de la faute dans les affaires de lésions corporelles a été adopté plus tard. Plus récemment, le principe de la contribution appliqué aux auteurs d'un délit a été reconnu dans l'arrêt *Cooper Stevedoring Co. c. Fritz Kopke, Inc.*, 417 U.S. 106 (1974). En dernier lieu, en ce qui concerne les affaires de collision, la Cour suprême des États-Unis a réformé la règle du partage de la charge des dommages en common law, et elle a réparti les dommages selon le degré comparatif des fautes commises: *United States c. Reliable Transfer Co.*, 421 U.S. 397 (1975).

J'aborde maintenant la question de savoir si l'abolition de la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive aura des conséquences imprévisibles ou complexes qui échappent aux tribunaux. À mon avis, elle n'en aura pas. Le principe de la répartition en matière de délits non maritimes est accepté universellement, partout au Canada et, de fait, à travers le monde. Des lois ont aboli cette fin de non-recevoir et l'ont remplacée par une règle prescrivant la répartition en Angleterre, en Australie et dans les provinces canadiennes de common law. La même règle existe en vertu du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (art. 1478): voir J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile* (4^e éd. 1994), aux par. 490 et 491. En Angleterre, en Australie et aux États-Unis, cette fin de non-recevoir a été abolie et la répartition est devenue la règle en matière de délits maritimes. Dans tous ces ressorts, la règle de la répartition s'applique sans problème apparent. En résumé, le changement proposé a été mis à l'épreuve. Cette expérience nous renseigne sur ce qui se passera si la négligence contributive n'est plus considérée comme une fin de non-recevoir et si la répartition est permise. Nous pouvons prédire avec confiance que l'abolition de cette fin de non-recevoir n'entraînera pas de conséquences imprévues ni problématiques. Au contraire, cette décision aura un effet

law of other jurisdictions like the United States, Australia and England.

98 The defendants submit that this Court should not change the law to eliminate the contributory negligence bar because it is not in a position to determine what type of regime to put in its place. Here again, however, the experience of other jurisdictions assists us.

99 The first question is whether a defendant should be responsible for only its share of the damages (several liability), or for all of the plaintiff's damages less the percentage of damage attributable to the plaintiff (joint and several liability). The defendants submit that the first approach (several liability) should be adopted as it is more consistent with the collision provisions in s. 565 of the *Canada Shipping Act*, which provides:

565. (1) Where, by the fault of two or more vessels, damage or loss is caused to one or more of those vessels, to their cargoes or freight or to any property on board, the liability to make good the damage or loss shall be in proportion to the degree in which each vessel was at fault.

This may be contrasted with s. 566, which provides that the liability of vessel owners for personal injury is "joint and several". Without definitively determining the effect of s. 565, which was not argued, the difference between the two sections falls short of demonstrating that Parliament intended liability under s. 565 to be several only. The precursors to ss. 565 and 566 were originally enacted in the *Maritime Conventions Act, 1914*, S.C. 1914, c. 13, in order to give effect to the articles of the 1910 Brussels Convention. Section 565 originated as a response to the common law admiralty divided damages rule which provided that when two ships collided, each bore 50 percent of the loss. As collisions between more than two

positif: celui d'harmoniser le droit applicable non seulement avec les «changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays» (*Salituro*, précité, à la p. 670), mais également avec le droit d'autres pays comme les États-Unis, l'Australie et l'Angleterre.

Les défenderesses soutiennent que notre Cour ne devrait pas changer le droit pour supprimer la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive car elle n'est pas en mesure de déterminer par quel type de régime il faudrait la remplacer. Encore une fois, cependant, l'expérience d'autres ressorts nous est utile.

La première question est de savoir si le défendeur devrait être responsable seulement de sa part des dommages (responsabilité individuelle) ou de tous les dommages du demandeur, déduction faite du pourcentage des dommages attribuable au demandeur (responsabilité solidaire). Les défenderesses prétendent qu'il faudrait retenir la première méthode (responsabilité individuelle), parce qu'elle est plus compatible avec les dispositions relatives aux collisions de l'art. 565 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui est ainsi rédigé:

565. (1) Lorsque, par la faute de deux ou plusieurs bâtiments, il y a avarie ou perte d'un ou plusieurs de ces bâtiments, de leurs cargaisons ou de leur fret, ou des biens à bord, la responsabilité en matière d'avarie ou de perte est proportionnée au degré de faute de chaque bâtiment.

Cette disposition peut être comparée avec l'art. 566, qui prévoit que les propriétaires des bâtiments sont «solidairement» responsables des lésions corporelles. Sans statuer de façon définitive sur la portée de l'art. 565, cette question n'ayant pas été débattue, j'estime que la différence entre les deux articles ne prouve pas que le législateur fédéral entendait que la responsabilité prévue à l'art. 565 soit individuelle seulement. Les dispositions qui ont précédé les art. 565 et 566 ont été édictées à l'origine dans la *Loi des conventions maritimes, 1914*, S.C. 1914, ch. 13, pour donner effet aux articles de la Convention de Bruxelles de 1910. L'article 565 répondait à l'origine à la règle d'amirauté en common law concernant le partage

vessels are rare (no reported cases of such collisions have been cited to us), it may not have been considered necessary to address the issue of contribution between two or more vessels. By contrast, personal injury actions are more likely to involve more than one defendant, which may explain the reference to joint and several liability in s. 566.

In the United States, joint and several liability is the rule: *Edmonds v. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); see also W. B. Daly and G. H. Falter, "Contribution and Indemnity in Maritime Actions", in *Benedict on Admiralty* (7th ed. 1995 (loose-leaf)), vol. 2, at p. 1-6. Any tortfeasor paying the plaintiff a greater amount than its portion of liability can obtain contribution from the other tortfeasor(s): *Cooper Stevedoring*, *supra*, and Daly and Falter. This appears to be essentially consistent with the contributory negligence legislation of most provinces and England: see e.g. L. Klar, "Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors" in *Studies in Canadian Tort Law* (1977), at pp. 163-64, and R. F. V. Heuston and R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 491. The situation appears to be similar under the *Civil Code of Québec* (arts. 1523 and 1526): J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4th ed. 1993), at para. 870.

A final question concerns the availability of contribution — that is, the right of a tortfeasor who pays more than its share of the plaintiff's damages to recover the excess amount paid from other tortfeasors. It is often stated that at common law there was no contribution between tortfeasors, citing *Merryweather v. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337. It may also be noted that in *Sparrows Point v. Greater Vancouver Water District*, [1951] S.C.R. 396, Rand J. (at p. 412), in concurring reasons, after holding that provincial contributory negligence legislation could not apply, stated that as a result of the application of common law admi-

des dommages qui prévoyait qu'en cas d'abordage entre deux bâtiments, chacun assumait 50 pour 100 de la perte. Comme les abordages entre plus de deux bâtiments sont chose rare (aucun cas de ce genre ne nous a été signalé), il est possible qu'on n'ait pas jugé nécessaire de traiter la question de la contribution de deux bâtiments ou plus. Par contraste, les actions pour lésions corporelles sont plus susceptibles de mettre en cause plus d'un défendeur, ce qui peut expliquer la mention de la responsabilité solidaire à l'art. 566.

Aux États-Unis, la solidarité est la règle: *Edmonds c. Compagnie Générale Transatlantique*, 443 U.S. 256 (1979); voir également W. B. Daly et G. H. Falter, «Contribution and Indemnity in Maritime Actions», dans *Benedict on Admiralty* (7^e éd. 1995 (feuilles mobiles)), vol. 2, à la p. 1-6. L'auteur d'un délit qui verse au demandeur un montant supérieur à sa part de l'indemnité due peut obtenir une contribution des autres auteurs du délit: *Cooper Stevedoring*, précité, et Daly et Falter. Cela semble être essentiellement en accord avec la législation de la plupart des provinces et de l'Angleterre en matière de négligence contributive: voir, par ex., L. Klar, «Contributory Negligence and Contribution Between Tortfeasors» dans *Studies in Canadian Tort Law* (1977), aux pp. 163 et 164, et R. F. V. Heuston et R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21^e éd. 1996), à la p. 491. La situation semble la même en vertu du *Code civil du Québec* (art. 1523 et 1526): J.-L. Baudouin, *Les obligations* (4^e éd. 1993), au par. 870.

La dernière question concerne la possibilité d'une contribution — c'est-à-dire le droit pour l'auteur d'un délit qui verse plus que sa part de l'indemnité accordée au demandeur de recouvrer auprès des coauteurs la somme excédentaire qu'il a versée. On a affirmé souvent que, en common law, il n'y avait pas de contribution entre les coauteurs d'un délit, en citant alors *Merryweather c. Nixan* (1799), 8 T.R. 186, 101 E.R. 1337. On peut également noter que, dans l'arrêt *Sparrows Point c. Greater Vancouver Water District*, [1951] R.C.S. 396, le juge Rand (à la p. 412), dans des motifs concordants, après avoir conclu que la législation

rally principles, there could be no contribution. However, the arguments in favour of and against contribution between tortfeasors appear not to have been considered. Commentators have questioned whether the common law rule against contribution was absolute, particularly in cases where the tort committed was not intentional, and there was no malicious motivation: see e.g. G. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), at pp. 83-84, and see also *Eliminating Outmoded Common Law Defences in Maritime Torts*, *supra*, at pp. 5-6. Again, under the Quebec Civil Code, contribution is available to a tortfeasor who has paid more than its share of the liability (art. 1536): Baudouin, *Les obligations*, *supra*, at para. 881. Like the contributory negligence bar, the idea that there can be no contribution between tortfeasors is anachronistic and not in keeping with modern notions of fairness.

provinciale en matière de négligence contributive ne pouvait pas s'appliquer, a déclaré que, par suite de l'application de principes de common law en matière d'amirauté, il ne pouvait y avoir contribution. Cependant, on ne semble avoir examiné ni les arguments favorables ni les arguments défavorables à la thèse de la contribution entre coauteurs d'un délit. Les commentateurs se sont demandé si la règle de common law interdisant la contribution était absolue, particulièrement dans les cas où le délit commis n'était pas intentionnel et où il n'y avait pas de motivation malveillante: voir, par ex., G. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951), aux pp. 83 et 84, et voir également *Éliminer les moyens de défense démodés de la common law en matière de responsabilité délictuelle maritime*, *op. cit.*, aux pp. 5 et 6. Encore une fois, selon le *Code civil du Québec*, la contribution est ouverte à l'auteur d'un délit qui a versé une somme supérieure à celle correspondant à sa part de responsabilité (art. 1536): Baudouin, *Les obligations*, *op. cit.*, au par. 881. Comme la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive, l'idée qu'il ne puisse pas y avoir de contribution entre les coauteurs d'un délit est anachronique et ne concorde pas avec les notions modernes d'équité.

102

I conclude that this is an appropriate case for this Court to make an incremental change to the common law in compliance with the requirements of justice and fairness. Contributory negligence may reduce recovery but does not bar the plaintiff's claim. The defendants SJSL and Raychem are jointly and severally liable to the plaintiff BVHB for 40 percent of its loss, subject to a right of contribution between defendants.

Je conclus qu'il s'agit d'un cas où il convient que notre Cour apporte un changement progressif à la common law conformément aux exigences de la justice et de l'équité. La négligence contributive peut réduire l'indemnité, mais elle ne constitue pas une fin de non-recevoir à la réclamation présentée par la demanderesse. Les défenderesses SJSL et Raychem sont solidairement responsables envers la demanderesse BVHB de 40 pour 100 de la perte subie par cette dernière, sous réserve du droit de chacune des défenderesses de demander une contribution à l'autre.

I. Summary of Findings on Tort Issues

I. Résumé des conclusions sur les questions de responsabilité délictuelle

103

The defendants SJSL and Raychem owed the plaintiff BVHB a duty to warn of the dangers of using Thermaclad on the rig. The contract did not exclude SJSL's tort liability to BVHB. SJSL and

Les défenderesses SJSL et Raychem avaient l'obligation de mettre en garde la demanderesse BVHB contre les dangers que présentait l'utilisation du Thermaclad sur la plate-forme. Le contrat n'excluait pas que la responsabilité délictuelle de SJSL soit engagée à l'égard de BVHB. SJSL et

Raychem did not discharge their duty to warn and are equally responsible for failing to do so.

The plaintiff BVHB was contributorily negligent, and responsible for 60 percent of its loss. Its contributory negligence does not bar recovery of the balance of its losses.

VI. Is SJS� Liable to BVHB in Contract?

The Court of Appeal found that the parties settled the contract issues out of court and that there was accord and satisfaction. BVHB appeals this finding.

In BVHB's submission, the purpose of the settlement concluded by the countersigned letter dated November 12, 1985 was not to discharge all contractual liabilities but to determine the final cost of construction so that the day rates could be established. The parties could not, it argues, have intended to abandon other rights in the contract, such as BVHB's intellectual property claims, SJS�'s intellectual property reservations, or rights arising from breaches that they were unaware of at the time. It argues that the general release language of the letter should be restrained by the limiting language in an earlier letter outlining construction costs and warranty matters. BVHB also argues that the Court of Appeal's conclusion of accord and satisfaction contravenes the express provisions of clause 1903 of the construction contract:

1903. Any failure by Owner at any time or from time to time to enforce or require the strict keeping and performance of any of the terms or conditions of this Agreement shall not constitute a waiver of such terms or conditions and shall not affect or impair such terms or conditions in any way, or the right of Owner at any time to avail itself of such remedies as it may have for any breaches of such terms or conditions.

Raychem ne se sont pas acquittées de leur obligation de mise en garde et elles sont également responsables de ce manquement.

La demanderesse BVHB s'est rendue coupable de négligence contributive et elle est responsable de sa perte dans une proportion de 60 pour 100. Sa négligence contributive ne l'empêche pas d'être indemnisée du reste de ses pertes.

VI. SJS� est-elle responsable envers BVHB en matière contractuelle?

La Cour d'appel a conclu que les parties ont réglé à l'amiable les questions d'ordre contractuel et qu'il y a eu accord et satisfaction sur ce point. BVHB se pourvoit contre cette conclusion.

Selon BVHB, le règlement intervenu au moyen de la lettre contresignée en date du 12 novembre 1985 ne visait pas à acquitter toutes les obligations contractuelles mais à déterminer le coût final de la construction pour que les taux quotidiens puissent être fixés. Il n'est pas possible, affirme BVHB, que les parties aient eu l'intention de renoncer aux autres droits prévus au contrat, comme les réclamations de BVHB en matière de propriété intellectuelle, les réserves de SJS� à cet égard ou les droits découlant des manquements dont elles n'étaient pas au courant à l'époque. BVHB soutient que la libération générale formulée dans la lettre devrait être restreinte par le libellé limitatif d'une lettre antérieure exposant les coûts de construction et les clauses relatives à la garantie. BVHB affirme également que la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y aurait eu entente va à l'encontre des dispositions expresses de la clause 1903 du contrat de construction:

[TRADUCTION]

1903. L'omission par le propriétaire de faire observer toute condition de l'accord ou d'en exiger le respect strict ne constitue pas une renonciation à ces conditions et n'a aucune incidence sur celles-ci ni sur le droit du propriétaire d'exercer en tout temps les recours dont il dispose en cas de manquement à ces conditions.

104

105

106

Thus, BVHB submits that SJSL's breaches of contract — its failure to provide letters of certification for Thermaclad and its failure to ensure that Thermaclad met the non-combustibility requirements incorporated into the construction contract — remain actionable.

Ainsi, BVHB soutient que les manquements de SJSL au contrat — son omission de fournir des lettres de certification pour le Thermaclad et son omission de vérifier si le Thermaclad satisfaisait aux exigences d'incombustibilité stipulées dans le contrat de construction — donnent encore ouverture à action.

107 SJSL responds by pointing out that the stated purpose of the exchange of cheques was to fully and finally settle all of the claims arising out of the contract, except in relation to the thruster problem (not at issue). The letter did not state that the exchange was for the limited purpose of settling the capital cost of the rig for the determination of the day rates. SJSL says that there is no evidence that SJSL knew or would have cared about BVHB's need to settle contractual issues in order to determine the day rates. Finally, in SJSL's submission, clause 1903 does not apply. A settlement agreement is not a "failure... to enforce or require the strict keeping and performance of any of the terms or conditions" of the contract. The purpose of a provision such as clause 1903 is to prevent an argument based on waiver or promissory estoppel, not to prevent the reaching of a settlement agreement entered into for good consideration.

SJSL répond en soulignant que l'objectif déclaré de l'échange des chèques était de régler totalement et définitivement toutes les réclamations découlant du contrat, sauf en ce qui concerne le problème du propulseur (qui n'était pas en litige). La lettre ne mentionnait pas que l'échange avait uniquement pour but de déterminer le coût en capital de la plate-forme en vue de la fixation des taux quotidiens. SJSL dit qu'aucune preuve n'établit qu'elle savait que BVHB devait régler des questions d'ordre contractuel pour déterminer les tarifs quotidiens, ni qu'elle s'y serait intéressée. Enfin, selon SJSL, la clause 1903 ne s'applique pas. Un règlement amiable n'est pas une «omission [...] de faire observer toute condition [du contrat] ou d'en exiger le respect strict». Une disposition telle que la clause 1903 a pour objet d'empêcher que soit invoqué tout argument fondé sur une renonciation ou une préclusion promissoire, non pas à empêcher la conclusion d'un règlement pour une contrepartie valable.

108 I agree with the Court of Appeal that the countersigned letter of November 12, 1985 and the exchange of cheques settled the claims for breach of contract. Cameron J.A. correctly stated the requirements of accord and satisfaction as outlined by Scrutton L.J. in *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. v. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616 (C.A.), at pp. 643-44:

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la lettre contresignée en date du 12 novembre 1985 et l'échange des chèques ont réglé les réclamations pour rupture de contrat. Le juge Cameron a bien exposé les exigences requises pour qu'il y ait accord et satisfaction, qui ont été formulées par le lord juge Scrutton dans l'arrêt *British Russian Gazette and Trade Outlook, Ltd. c. Associated Newspapers, Ltd.*, [1933] 2 K.B. 616 (C.A.), aux pp. 643 et 644:

Accord and satisfaction is the purchase of a release from an obligation whether arising under contract or tort by means of any valuable consideration, not being the actual performance of the obligation itself. The accord is the agreement by which the obligation is discharged. The satisfaction is the consideration which makes the agreement operative.

[TRADUCTION] L'entente dite d'accord et satisfaction consiste à obtenir la libération d'une obligation découlant d'un contrat ou d'un délit en versant une contrepartie valable autre que l'exécution elle-même de l'obligation elle-même. L'accord est l'échange des consentements en vue d'éteindre l'obligation. La satisfaction est la contrepartie qui donne effet à l'accord.

The knowledge that BVHB may or may not have had of other potential contractual claims is irrelevant in light of its intention that there be a “full and final settlement”. BVHB made no reservations in the letter except for the thrusters. I accept SJSJ’s argument that BVHB’s motivation for entering into the agreement is also irrelevant. The court need not go beyond the purpose of the exchange of cheques unambiguously stated in the countersigned letter: to “constitute full and final settlement of the subject contract and the guarantee provision thereof, with the exception of the thruster problem”. The accord and satisfaction was supported by consideration, discharging SJSJ from any contractual liability to BVHB in relation to the alleged breaches raised in this case.

In view of my conclusion that the contractual issues have been settled and are no longer litigable I make no findings on whether there was a breach of contract or whether if there was, damages would be reduced on account of BVHB’s contributory negligence.

VII. Disposition

I would dismiss the main appeal and all cross-appeals, with costs in this Court. As to costs below, the order of the Newfoundland Court of Appeal remains.

The judgment of Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — I have had the advantage of reading the lucid reasons of my colleague, Justice McLachlin. At the outset, I wish to commend my colleague for her treatment of the approaches taken by her and La Forest J. in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021. In that respect, I simply wish to add one comment regarding the issue of contractual relational economic loss.

Le fait de savoir que BVHB peut avoir eu ou non d’autres réclamations contractuelles potentielles n’est pas pertinent à la lumière de son intention d’arriver à un «règlement complet et définitif». BVHB n’a fait aucune réserve dans la lettre sauf en ce qui concerne les propulseurs. J’accepte l’argument de SJSJ que le motif pour lequel BVHB a conclu l’entente n’est pas pertinent non plus. La cour n’a pas à aller au-delà de l’objet de l’échange des chèques, qui est énoncé de manière non ambiguë dans la lettre contresignée: [TRADUCTION] «en règlement complet et définitif du contrat visé et de sa clause de garantie, à l’exception du problème du propulseur». L’entente d’accord et satisfaction était appuyée par une contrepartie et avait pour effet de libérer SJSJ de toute responsabilité contractuelle envers BVHB à l’égard des manquements allégués en l’espèce.

Vu ma conclusion selon laquelle les questions d’ordre contractuel ont été réglées et ne sont plus litigieuses, je ne tire aucune conclusion quant à savoir s’il y a eu rupture de contrat ou si, en cas de réponse affirmative à la première question, les dommages-intérêts devraient être réduits pour tenir compte de la négligence contributive de BVHB.

VII. Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi principal et les pourvois incidents, avec dépens devant notre Cour. Pour ce qui est des dépens devant les juridictions inférieures, l’ordonnance de la Cour d’appel de Terre-Neuve reste valide.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — J’ai eu l’avantage de prendre connaissance des motifs lumineux de ma collègue, le juge McLachlin. Je désire d’abord la complimenter pour sa façon d’aborder les méthodes qu’elle-même et le juge La Forest ont retenues dans l’arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021. À cet égard, je voudrais simplement ajouter un commentaire relativement à la question de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat.

109

110

111

112

113

I understand my colleague's discussion of this matter to mean that she has adopted the general exclusionary rule and categorical exceptions approach set forth by La Forest J. in *Norsk*. My colleague has found that the circumstances of the present case do not fall within any of the three exceptions identified in that case. She points out that both her reasons and those of La Forest J. in *Norsk* recognize that the categories of recoverable contractual relational economic loss are not closed and that whether or not a new category ought to be created is determined on a case-by-case basis. In that connection, I approve of her analysis of the facts of this case and applaud the approach she has taken to meld her reasoning in *Norsk* with that of La Forest J. in this very difficult area of the law.

114

While I agree with most of her analysis in this case, I cannot, with respect, concur with her interpretation of clauses 702, 905 and 907 of the contract between SJSJL and BVHB. I agree with my colleague when she points out that limitation and exclusion clauses are to be strictly construed against the party seeking to invoke the clause. I also agree that, where the planned contractual obligations of two parties negate tort liability, contract will "trump" tort. But, I disagree with her conclusion that the clauses in question do not negate SJSJL's duty to warn.

115

Clause 907 states in part that, "Builder's liability with respect to the Owner Directed Supply shall extend only to installation thereof . . ." (emphasis added). As I read this clause, the parties have chosen to specify the only ground of builder liability related to the use of Thermaclad, namely, negligence in the installation thereof. By expressly limiting liability to only these circumstances, the parties have, in my view, by necessary implication

Si je comprends bien l'examen que ma collègue a fait de cette question, elle a adopté la méthode proposée par le juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* qui consiste à poser une règle générale d'exclusion et à l'assortir d'exceptions fondées sur des catégories. Ma collègue a conclu que les circonstances de l'espèce ne sont visées par aucune des trois exceptions mentionnées dans cet arrêt. Elle souligne qu'il ressort tant de ses motifs que de ceux du juge La Forest dans l'arrêt *Norsk* que les catégories de pertes économiques relationnelles découlant d'un contrat susceptibles d'indemnisation ne sont pas limitatives et que la question de savoir s'il convient de créer une nouvelle catégorie est réglée dans chaque cas. À ce propos, je suis d'accord avec son analyse des faits en l'espèce et j'approuve la façon dont elle a combiné son raisonnement dans l'arrêt *Norsk* avec celui du juge La Forest dans ce domaine très difficile du droit.

Tout en étant d'accord avec la plus grande partie de son analyse en l'espèce, je ne puis, en toute déférence, souscrire à son interprétation des clauses 702, 905 et 907 du contrat intervenu entre SJSJL et BVHB. Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que les clauses de limitation ou d'exclusion doivent être interprétées de façon stricte à l'encontre de la partie qui cherche à les invoquer. Je conviens également que, lorsque les obligations contractuelles prévues par les deux parties écartent la responsabilité délictuelle, le contrat «l'emportera» sur le délit. Mais je suis en désaccord avec sa conclusion selon laquelle les clauses en question ne font pas disparaître l'obligation de mise en garde qui incombait à SJSJL.

La clause 907 stipule notamment que: [TRADUCTION] «[l]a responsabilité du constructeur à l'égard du matériel imposé par le propriétaire s'étend seulement à son installation . . .» (je souligne). Selon mon interprétation de cette clause, les parties ont choisi de préciser le seul fondement permettant d'établir la responsabilité du constructeur relativement à l'utilisation du Thermaclad, à savoir la négligence commise dans son installation. À mon avis, en limitant expressément la responsabilité à ces seules circonstances, les parties ont écarté, par déduction nécessaire, tous les autres fondements

excluded all other grounds of builder liability, including the duty to warn.

The fact that Thermaclad is “owner directed supply” reinforces my reading of the provisions in question. In the instant case, Thermaclad was chosen by the owner, BVHB, and the builder, SJSL, was obliged to use that product. Indeed, SJSL would have breached the contract if it had refused to use this material. It seems to me that where the owner specifies a particular product to be used, it is generally the owner and not the builder who, unless otherwise specified in the contract, should bear the losses that flow from the risk associated with that product’s use.

Additional reinforcement for my conclusion that the contract provisions create exclusive liability limited to installation is found in the concluding language of clause 907, which reads: “In all other instances, the sole risk and responsibility for Owner Directed Supply shall, as between Builder and Owner, be borne by Owner” (emphasis added). I also draw support from clause 905 which states in part that, the “remedies provided in this Article are exclusive” (emphasis added). In addition, clause 702 states that “the Builder’s sole obligation with respect to the Vessel shall be as specified in Article IX” (emphasis added). That article contains both clauses 905 and 907.

In concluding that the present contract does not exclude liability for negligence, my colleague puts much emphasis on the placement of the relevant provisions within the contract. Clauses 905 and 907, both found in the “warranty” section of the contract, are said to function as a “‘warranty’ of workmanship and materials” (para. 29). My colleague notes that warranties generally do not relate to the duty to warn about the risks associated with the use of the products they cover. However, in my opinion, the placement of clauses within a contract, while a factor to be considered, is not determinative. Rather, in my view, one should examine the contract as a whole with a view to searching for the intention of the parties by recognizing the

de responsabilité en ce qui concerne le constructeur, dont l’obligation de mise en garde.

Le fait que le Thermaclad soit du «matériel imposé par le propriétaire» renforce mon interprétation des dispositions en question. Dans le cas présent, le Thermaclad a été choisi par le propriétaire, BVHB, et le constructeur, SJSL, était tenu d’utiliser ce produit. En effet, SJSL aurait manqué à son engagement contractuel si elle avait refusé d’utiliser ce matériel. Lorsque le propriétaire spécifie le produit qu’il faut utiliser, il me semble qu’à moins de stipulations contraires du contrat, c’est habituellement lui et non le constructeur qui devrait supporter les pertes découlant du risque lié à l’utilisation de ce produit.

Un autre élément qui vient renforcer ma conclusion selon laquelle les dispositions du contrat créent une responsabilité exclusive, limitée à l’installation, c’est la dernière phrase de la clause 907: [TRADUCTION] «Dans tous les autres cas, c’est le propriétaire qui supporte seul les risques et la responsabilité — entre le constructeur et le propriétaire — relativement au matériel imposé par le propriétaire» (je souligne). Je m’appuie également sur la clause 905, qui précise notamment que [TRADUCTION] «[l]es recours prévus au présent article sont exclusifs» (je souligne). De plus, la clause 702 stipule que [TRADUCTION] «la seule obligation du constructeur en ce qui concerne le bâtiment est celle précisée à l’article IX» (je souligne). Cet article comprend les clauses 905 et 907.

En concluant que le présent contrat n’exclut pas la responsabilité en cas de négligence, ma collègue insiste beaucoup sur l’endroit où sont placées les dispositions pertinentes dans le contrat. Les clauses 905 et 907, qui se trouvent dans la partie du contrat consacrée à la garantie, sont considérées comme jouant le rôle d’une «‘garantie’ quant à la fabrication et aux matériaux» (par. 29). Ma collègue note que les garanties ne portent pas en général sur les obligations de mise en garde au sujet des risques liés à l’utilisation des produits qu’elles couvrent. Toutefois, à mon avis, l’endroit où figurent les clauses dans un contrat, tout en constituant un facteur à prendre en considération, n’est pas décisif. Il me semble qu’on devrait plutôt

116

117

118

natural meaning that flows from the language chosen.

examiner le contrat dans son ensemble afin de découvrir l'intention des parties en donnant aux termes qu'elles ont employés le sens qui s'en dégage naturellement.

119

When examined in the context of cases which have held parties responsible for negligence without any express contractual reference to that head of liability, it is clear that the clauses in the instant contract are of a very different nature. For example, in *Falcon Lumber Ltd. v. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503 (Ont. H.C.), the court found the defendant liable for negligence despite the following at paragraph 13 of the defendant's price list: "The Canada Wood Specialty Company Limited is not responsible for damages or theft that may occur whilst customer lumber and/or property is on The Canada Wood Specialty Co. Ltd. premises." Whereas clauses such as this provide for general exclusion from liability, the language of the clauses at issue in the case at bar expressly provides for the assumption of liability limited to a specific circumstance, namely, negligent installation of owner-directed supply. I do not accept that contract clauses which are so fundamentally different should necessarily be interpreted in the same manner.

Lorsqu'on les examine dans le contexte d'affaires où les parties ont été tenues responsables de négligence sans que cette source de responsabilité ne soit mentionnée de façon expresse dans le contrat, il est clair que les clauses figurant dans le présent contrat sont de nature très différente. Par exemple, dans l'arrêt *Falcon Lumber Ltd. c. Canada Wood Specialty Co.* (1978), 95 D.L.R. (3d) 503 (H.C. Ont.), la cour a jugé la défenderesse responsable de négligence malgré le passage suivant du paragraphe 13 de la liste de prix de la défenderesse: [TRADUCTION] «La Canada Wood Specialty Company Limited n'est pas responsable des dommages ni des vols qui peuvent survenir pendant que le bois d'œuvre ou les biens du client se trouvent dans les locaux de la Canada Wood Specialty Co. Ltd.» Alors que les clauses comme celle-ci prévoient une exclusion générale de responsabilité, le libellé des clauses visées en l'espèce prévoit expressément l'acceptation d'une responsabilité limitée à un cas particulier, à savoir l'installation négligente du matériel imposé. Je n'accepte pas que des clauses contractuelles si fondamentalement différentes doivent nécessairement être interprétées de la même manière.

120

An alternative analysis set forth by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, leads me to the same conclusion. In *Miida Electronics*, a marine carrier (Mitsui) agreed in a contract evidenced by a bill of lading to carry goods from Japan to Montreal where the respondent Miida, the other party to the contract and the owner of the goods, could take delivery. The goods arrived in Montreal and were picked up by the appellant, ITO, a cargo-handling company and terminal operator. ITO had agreed with Mitsui to store the goods until delivery was made to Miida. Before the goods could be delivered to Miida, thieves broke into the storage facility operated by ITO and a large number of Miida's goods were stolen. Miida

Une autre analyse effectuée par notre Cour dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, m'amène à la même conclusion. Dans l'arrêt *Miida Electronics*, un transporteur maritime (Mitsui) a convenu dans un contrat constaté par un connaissance de transporter des marchandises du Japon à Montréal où l'intimée Miida, l'autre partie au contrat et propriétaire des marchandises, pourrait en prendre livraison. Les marchandises sont arrivées à Montréal où elles ont été prises en charge par l'appelante, ITO, une compagnie de manutention et d'acconage. ITO avait convenu avec Mitsui d'entreposer les marchandises jusqu'à leur livraison à Miida. Avant que les marchandises aient pu être livrées à Miida, des voleurs ont pénétré par effrac-

alleged that the theft would not have occurred but for the negligence of ITO.

One of the key issues in *Miida Electronics* was whether a “Himalaya” clause in Mitsui’s bill of lading extended limitation of liability to those it employed in the performance of the contract of carriage. However, having decided that the Himalaya clause could be effective, the Court went on to consider whether the exemption clause in the bill of lading, which imposed limits on liability but did not expressly refer to negligence, could relieve ITO of liability for its own negligence. McIntyre J., writing for the majority, relied heavily upon *Lamport & Holt Lines Ltd. v. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The “Raphael”)*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.), where May L.J. canvassed the jurisprudence in the area and stated (at pp. 49-50):

... if an exemption clause of the kind we are considering excludes liability for negligence expressly, then the Courts will give effect to the exemption. If it does not do so expressly, but its wording is clear and wide enough to do so by implication, then the question becomes whether the contracting parties so intended. If the only head of liability upon which the clause can bite in the circumstances of a given case is negligence, and the parties did or must be deemed to have applied their minds to this eventuality, then clearly it is not difficult for a Court to hold that this was what the parties intended — that this is its proper construction. Indeed, to hold otherwise would be contrary to commonsense. On the other hand if there is a head of liability upon which the clause could bite in addition to negligence then, because it is more unlikely than not that a party will be ready to excuse his other contracting party from the consequences of the latter’s negligence, the clause will generally be construed as not covering negligence. If the parties did or must be deemed to have applied their minds to the potential alternative head of liability at the time the contract was made then, in the absence of any express reference to negligence, the Courts can sensibly only conclude that the relevant clause was not

tion dans l’entrepôt exploité par ITO et se sont emparés d’une grande partie des marchandises de Miida. Cette dernière a soutenu que le vol n’aurait pas eu lieu n’eût été la négligence de la société ITO.

Dans l’arrêt *Miida Electronics*, l’une des questions cruciales était de savoir si la clause «Himalaya» du connaissement de Mitsui étendait la limitation de responsabilité à ceux qu’elle employait pour exécuter le contrat de transport. Cependant, après avoir décidé que la clause Himalaya pouvait jouer, la Cour s’est demandé si la clause d’exemption du connaissement, qui limitait la responsabilité mais ne mentionnait pas expressément la négligence, pouvait dégager ITO de toute responsabilité due à sa propre négligence. S’exprimant au nom de la majorité, le juge McIntyre s’est appuyé largement sur l’arrêt *Lamport & Holt Lines Ltd. c. Coubro & Scrutton (M. & I.) Ltd. (The «Raphael»)*, [1982] 2 Lloyd’s Rep. 42 (C.A.), où le lord juge May a examiné minutieusement la jurisprudence en la matière et a dit (aux pp. 49 et 50):

[TRADUCTION] ... si une clause de non-responsabilité du genre de celle dont nous sommes saisis exclut expressément la responsabilité pour négligence, les tribunaux donneront alors effet à cette exclusion. Si elle ne le fait pas expressément, mais que son texte est clair et suffisamment général pour le faire tacitement, il s’agit alors de déterminer si c’était bien là l’intention des parties contractantes. Si la seule catégorie de responsabilité que la clause peut frapper dans les circonstances d’une espèce donnée est celle due à la négligence, et que les parties ont eu cette éventualité à l’esprit ou doivent être réputées l’avoir eue, alors, manifestement, il ne sera pas difficile pour le tribunal de juger que c’était bien là la volonté des parties — que c’est là l’interprétation qu’il faut lui donner. D’ailleurs, juger autrement serait contraire au bon sens. D’autre part, s’il y a une catégorie de responsabilité que la clause pourrait viser outre celle due à la négligence, alors, parce qu’il est plus improbable que probable que l’une des parties sera prête à soustraire son cocontractant aux conséquences de sa négligence, la clause sera généralement interprétée comme non applicable à la négligence. Si les parties ont eu à l’esprit, ou doivent être réputées avoir eu à l’esprit, une autre catégorie possible de responsabilité au moment de la conclusion du contrat, alors, en l’absence de mention expresse de la négligence, les tribunaux ne peuvent que conclure que la clause pertinente n’est pas destinée à

intended to cover negligence and will refuse so to construe it.

The Ontario Court of Appeal recently relied upon this same line of reasoning in *Upper Lakes Shipping Ltd. v. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722.

s'appliquer à la négligence et ils refuseront de l'interpréter ainsi.

La Cour d'appel de l'Ontario s'est fondée récemment sur le même raisonnement dans l'arrêt *Upper Lakes Shipping Ltd. c. St. Lawrence Cement Inc.* (1992), 89 D.L.R. (4th) 722.

122

In *Miida Electronics, supra*, McIntyre J. found that, as the goods were in short-term storage awaiting delivery, the only liability that could be imposed on ITO would be based on negligence. Therefore, the exemption clause in the bill of lading, despite the absence of an express reference to negligence, was found to relieve ITO of liability for negligence. In my opinion, the contract provisions in the instant case warrant the same treatment. By the wording of clause 905, SJSL is relieved of any liability arising from defects. Clause 907 states that SJSL's liability shall extend only to installation of owner-directed supply and that in all other instances, BVHB bears the risk and responsibility for these products. Therefore, it seems to me that the natural meaning of these clauses indicates that the only head of liability upon which these clauses can bite is negligence in installation. As such, based upon the authority of *Miida Electronics*, SJSL ought to be relieved of any liability for failing to warn BVHB of the dangers associated with the use of Thermaclad.

Dans l'arrêt *Miida Electronics*, précité, le juge McIntyre a conclu que, comme les marchandises étaient entreposées pour une courte période attendant la livraison, la seule responsabilité qui pouvait être attribuée à la société ITO serait fondée sur la négligence. Par conséquent, il a été décidé que la clause d'exemption figurant dans le connaissement dégageait ITO de toute responsabilité due à la négligence, malgré l'absence d'une mention expresse de la négligence. À mon avis, les dispositions du contrat en l'espèce justifient le même traitement. En vertu du libellé de la clause 905, SJSL est déchargée de toute responsabilité à l'égard des vices. La clause 907 stipule que la responsabilité de SJSL s'étend seulement à l'installation du matériel imposé par le propriétaire et que, dans tous les autres cas, BVHB assume les risques et la responsabilité pour ces produits. Par conséquent, il me semble que selon le sens naturel de ces clauses, elles ne peuvent viser que la responsabilité due à une négligence dans l'installation. Ainsi, compte tenu du poids de l'arrêt *Miida Electronics*, SJSL devrait être déchargée de toute responsabilité pour avoir omis d'informer BVHB des dangers liés à l'utilisation du Thermaclad.

123

Accordingly, I must respectfully disagree with McLachlin J.'s conclusion that BVHB was entitled to claim against SJSL based on the tort duty to warn. I note that it is not open to Raychem to seek contribution from SJSL, as a contractor which has protected itself against liability cannot be said to have contributed to any actionable loss suffered by the plaintiff: *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346. Consequently, Raychem is liable for the entire 40 percent quantum found by the trial judge.

En conséquence, je suis dans l'obligation de me dissocier de la conclusion du juge McLachlin selon laquelle BVHB avait le droit de poursuivre SJSL en invoquant l'obligation de mise en garde en matière délictuelle. Je fais remarquer que Raychem ne peut pas réclamer une contribution de SJSL car on ne peut pas dire que l'entrepreneur qui s'est protégé de toute responsabilité a contribué à une perte l'exposant aux poursuites du demandeur: *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346. Par conséquent, Raychem est seule responsable de la part de 40 pour 100 fixée par le juge de première instance.

I would therefore dismiss the appeal brought by HOOL and BVI. Further, I would dismiss all of the cross-appeals save for that of SJSL with regard to the duty to warn, which I would allow with costs throughout. As to costs on the main appeal and all other cross-appeals, I would assess these in the same manner as McLachlin J.

Appeal and cross-appeals other than that of SJSL dismissed with costs. Cross-appeal of SJSL allowed with costs, LA FOREST and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for Husky Oil Operations Ltd.: Code Hunter Wittmann, Calgary.

Solicitors for Bow Valley Industries Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Solicitors for St. John Shipbuilding Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for Raychem Canada Limited and Raychem Corporation: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi formé par HOOL et BVI. De plus, je suis d'avis de rejeter tous les pourvois incidents, sauf celui de SJSL relativement à l'obligation de mise en garde que je suis d'avis d'accueillir avec dépens dans toutes les cours. Quant aux dépens du pourvoi principal et de tous les autres pourvois incidents, je suis d'avis de les fixer de la même manière que le juge McLachlin.

Pourvoi et pourvois incidents autres que celui de SJSL rejetés avec dépens. Pourvoi incident de SJSL accueilli, les juges LA FOREST et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de Husky Oil Operations Ltd.: Code Hunter Wittmann, Calgary.

Procureurs de Bow Valley Industries Ltd.: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Procureurs de St. John Shipbuilding Limited: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de Raychem Canada Limited et Raychem Corporation: McInnes Cooper & Robertson, St. John's.

**Porto Seguro Companhia De Seguros
Gerais Appellant**

v.

**Belcan S.A., Fednav Limited, Ubem S.A.,
the Owners and All Others Interested in the
Vessel *Federal Danube* and the Vessel
Federal Danube Respondents**

INDEXED AS: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS
GERAIS v. BELCAN S.A.

File No.: 25340.

1997: October 14; 1997: December 18.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka,* Gonthier, Cory,
McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Procedure — Expert evidence — Assessors — Insurer bringing action against owners of ship involved in collision — Trial judge refusing to permit expert evidence because assessors had been appointed to assist her — Whether rule against expert evidence where judge sits with assessors in admiralty cases violates audi alteram partem principle — Whether rule should be revised.

A vessel loaded with cargo collided with an anchored ship in the St. Lawrence Seaway. The collision allowed water to enter the holds and damage the cargo of the first vessel. The appellant, the insurer of the cargo, made good the loss. Its action against the owners of the anchored ship was dismissed. The appellant appealed on the ground that the trial was unfair because the trial judge refused to hear the evidence of three expert witnesses it sought to call and because the advice that the two assessors appointed to sit with the trial judge gave her was not disclosed. The trial judge was following settled Federal Court practice in refusing to permit expert evidence where assessors have been appointed to assist the judge in maritime matters. The Federal Court of Appeal dismissed the appellant's appeal.

*Sopinka J. took no part in the judgment.

**Porto Seguro Companhia De Seguros
Gerais Appelante**

c.

**Belcan S.A., Fednav Limited, Ubem S.A., les
propriétaires du navire *Federal Danube* et
toutes autres personnes ayant un droit sur
le navire et le navire *Federal
Danube* Intimés**

RÉPERTORIÉ: PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS
GERAIS c. BELCAN S.A.

N° du greffe: 25340.

1997: 14 octobre; 1997: 18 décembre.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka*,
Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Procédure — Témoignage d'experts — Assesseurs — Action de l'assureur contre les propriétaires du navire impliqué dans l'abordage — Le juge de première instance a refusé d'autoriser le témoignage d'experts parce que des assesseurs ont été nommés pour l'assister — La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge est assisté d'assesseurs dans les affaires d'amirauté viole-t-elle le principe audi alteram partem? — La règle devrait-elle être modifiée?

Un navire transportant un chargement a abordé un navire au mouillage dans la Voie maritime du Saint-Laurent. À la suite de l'abordage, l'eau est entrée dans la cale du premier navire et a endommagé sa cargaison. L'appelante, l'assureur de la cargaison, a versé une indemnité. Son action contre les propriétaires du navire au mouillage a été rejetée. L'appelante a formé un appel pour le motif qu'elle n'a pas obtenu un procès équitable parce que le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage des trois experts qu'elle voulait citer et parce que les avis donnés au juge de première instance par les deux assesseurs nommés pour siéger avec elle n'ont pas été divulgués. Le juge de première instance a suivi une pratique bien établie de la Cour fédérale qui consiste à exclure le témoignage d'experts lorsque des assesseurs ont été nommés afin d'assister le juge en matière maritime. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de l'appelante.

*Le juge Sopinka n'a pas pris part au jugement.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The rule against expert evidence where assessors sit with a judge is based on a long line of English and Canadian jurisprudence and finds its origin in English practice. As it is a rule about how the trial should be conducted, it is one of procedure. There is a strong argument that the statutory provisions incorporating English admiralty law into Canadian law distinguish between substantive and procedural law and did not carry forward English procedural law, notwithstanding the transitional provisions in the 1970 *Federal Court Act*. Moreover, even if English practices and procedures in admiralty were held to be incorporated by statute into Canadian law, a mutable common law rule is not transformed into an immutable statutory rule simply because it has been made applicable in Canada by statute. Regardless of how the rule here at issue was incorporated into Canadian common law, Canadian courts possess the same power to modify the rule as they would to modify a Canadian common law rule of practice.

Courts may change common law rules where this is necessary to achieve justice and fairness by bringing the law into harmony with social, moral and economic changes in society, and where the change will not have complex and unforeseeable consequences. A major change is likely to have wide and unforeseeable ramifications that are better left to the legislature or Parliament, while incremental changes are more likely to have confined and foreseeable ramifications. Changes to rules of court procedure are more easily made than changes to the substantive law, since court procedures fall directly within the domain and expertise of the courts, which are in a good position to know what changes are required to make the court system fairer and what the consequences of the changes will be. A change in the rule against expert evidence where a judge sits with assessors in admiralty cases is required for reasons of justice and fairness. The rule violates the *audi alteram partem* principle and is out of step with modern trial practice, which permits expert evidence on matters of opinion at issue on a trial. Abolishing the prohibition on expert evidence

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque des assesseurs siègent avec le juge se fonde sur une jurisprudence anglaise et canadienne constante et tire son origine d'une pratique anglaise. Comme c'est une règle portant sur la conduite du procès, il s'agit d'une règle de procédure. Des raisons solides permettent d'avancer que les dispositions législatives incorporant le droit anglais en matière d'amirauté établissent une distinction entre le droit substantiel et le droit de la procédure et n'ont pas introduit les règles de droit anglaises en matière de procédure, malgré les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970. Au surplus, même si les pratiques et procédures anglaises en matière d'amirauté étaient reconnues comme étant incorporées par voie législative au droit canadien, une règle de common law susceptible de modification n'est pas transformée en règle législative immuable pour la simple raison qu'une disposition législative en prévoit l'application au Canada. Indépendamment de la façon dont la règle en cause a été incorporée à la common law canadienne, les tribunaux canadiens exercent à l'égard de la règle le même pouvoir de modification que s'il s'agissait d'une règle de pratique de la common law canadienne.

Les tribunaux peuvent modifier les règles de common law lorsque cela est nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société et lorsque la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles. Une modification importante est susceptible d'avoir des répercussions étendues et imprévisibles qui relèvent du législateur provincial ou fédéral, tandis que des modifications apportées progressivement sont plus susceptibles d'avoir des répercussions limitées et prévisibles. Il est plus facile d'apporter des modifications aux règles de procédure des tribunaux qu'aux règles de droit substantiel, parce que la procédure relève directement de la compétence et du champ de spécialisation des tribunaux, qui sont bien placés pour savoir quelles modifications il faut apporter pour rendre le système judiciaire plus équitable et quelles conséquences entraîneront les modifications. Une modification de la règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires où un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté est nécessaire à des fins de justice et d'équité. La règle viole le principe *audi alteram partem* et va à l'encontre de la pratique judiciaire moderne, qui permet le témoignage d'experts sur des questions d'opinion soulevées dans un procès. L'abolition de l'interdiction frappant le

will not have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament.

Assessors should be permitted to assist judges in understanding technical evidence. They may go further and advise the judge on matters of fact in dispute between the parties, but only on condition of disclosure and a right of response sufficient to comply with the requirements of natural justice. In all cases, the parties are entitled to call expert evidence subject to common law exclusionary rules, the limits and procedures set out in the *Evidence Act* and the rules of practice. These propositions are stated as general guidelines; it may be necessary or useful for the judge in a particular case, upon consultation with the parties, to vary how assessors are used and what procedures should be followed, depending on the nature of the trial and the issues to be determined. What is essential is that the principles of natural justice that protect a fair trial should in all cases be preserved. In this case the trial judge declined to hear expert evidence and made no disclosure of the questions she asked the assessors and the responses she received. The result was a trial that violated the principles of natural justice. Since the violations may have affected the outcome, the appellant is entitled to a new trial.

Cases Cited

Not followed: *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147; **referred to:** *"Neptun" (Owners) v. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158; *The "Antares II" and "Victory"*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 482; *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*, [1973] F.C. 394; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Owners of S.S. Australia v. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145; *Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan"* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138.

témoignage d'experts n'aura pas de conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de la modifier.

Les assesseurs devraient être autorisés à aider les juges à comprendre les éléments de preuve techniques. Ils peuvent faire davantage et conseiller le juge sur des questions de fait opposant les parties, mais à la condition seulement que leurs avis soient divulgués et qu'un droit de réplique suffisant soit prévu conformément aux exigences de la justice naturelle. Dans tous les cas, les parties ont le droit de citer des experts sous réserve des règles d'exclusion prévues par la common law et des limites ainsi que des règles de procédure fixées par la *Loi sur la preuve au Canada* et les règles de pratique. Ces propositions sont formulées à titre de lignes directrices générales; il peut être nécessaire ou utile, dans un cas particulier, que le juge, en consultation avec les parties, modifie la mission des assesseurs et la procédure à suivre, en fonction de la nature du procès et des questions à trancher. L'essentiel est que les principes de justice naturelle qui protègent la tenue d'un procès équitable soient sauvegardés dans tous les cas. En l'espèce, le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage d'experts et n'a pas divulgué les questions qu'elle a posées aux assesseurs ni les réponses qu'elle en a reçues. Il en a résulté un procès qui violait les principes de justice naturelle. Comme ces violations peuvent avoir influé sur l'issue du procès, l'appelante a droit à un nouveau procès.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147; **arrêts mentionnés:** *«Neptun» (Owners) c. Humber Conservancy Board* (1937), 59 Ll.L.R. 158; *The «Antares II» and «Victory»*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 482; *Oy Nokia Ab c. Le navire «Martha Russ»*, [1973] C.F. 394; *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Owners of S.S. Australia c. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145; *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan»* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138.

Statutes and Regulations Cited

Admiralty Act, R.S.C. 1970, c. A-1, s. 18(1), (7).
 Alberta Rules of Court, r. 235.
 British Columbia Rules of Court, r. 39(28).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 7.
Civil Evidence Act 1972 (U.K.), 1972, c. 30.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11, s. 35.
Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.), s. 62(6).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 "Canadian maritime law", 42.
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, rr. 482 [am. SOR/90-846, s. 18], 492.
 New Brunswick Rules of Court, r. 54.11.
 Nova Scotia Civil Procedure Rules, r. 28.03(2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1996] 2 F.C. 751, 195 N.R. 241, affirming a decision of the Trial Division (1994), 82 F.T.R. 127, dismissing the appellant's action. Appeal allowed.

George J. Pollack and Andrew Ness, for the appellant.

Richard Gaudreau and Yves Derôme, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J. — On December 11, 1984, the MV *Beograd*, loaded with pinto beans en route to Brazil, collided with an anchored ship, the MV *Federal Danube*, in the St. Lawrence Seaway. The collision allowed water to enter the holds and damage the cargo of the MV *Beograd*. Porto Seguro, the insurer of the cargo, made good the loss. Porto Seguro then sued the owners of the two vessels to recover its loss. Before trial, it discontinued its action against the owners of the MV *Beograd*. Porto Seguro's action against the anchored ship, the MV *Federal Danube*, was dismissed: (1994), 82 F.T.R. 127.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, r. 235.
Civil Evidence Act 1972 (R.-U.), 1972, ch. 30.
 Colombie-Britannique, *Rules of Court*, r. 39(28).
Loi sur l'Amirauté, S.R.C. 1970, ch. A-1, art. 18(1), (7).
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1970, ch. E-11, art. 35.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 «droit maritime canadien», 42.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.), art. 62(6).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 7.
 Nouveau-Brunswick, *Règles de procédure*, r. 54.11.
 Nouvelle-Écosse, *Civil Procedure Rules*, r. 28.03(2).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663, r. 482 [mod. DORS/90-846, art. 18], 492.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1996] 2 C.F. 751, 195 N.R. 241, qui a confirmé la décision de la Section de première instance (1994), 82 F.T.R. 127, qui avait rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

George J. Pollack et Andrew Ness, pour l'appelante.

Richard Gaudreau et Yves Derôme, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le 11 décembre 1984, le NM *Beograd*, qui transportait un chargement de haricots Pinto vers le Brésil, a abordé un navire au mouillage, le NM *Federal Danube*, dans la Voie maritime du Saint-Laurent. À la suite de l'abordage, l'eau est entrée dans la cale du NM *Beograd* et a endommagé la cargaison. La société Porto Seguro, qui est l'assureur de la cargaison, a versé une indemnité et elle a ensuite poursuivi les propriétaires des deux navires afin d'être dédommée. Avant le procès, elle a abandonné son action contre les propriétaires du NM *Beograd*. L'action qu'elle a intentée contre le navire au mouillage, le NM *Federal Danube*, a été rejetée: (1994), 82 F.T.R. 127.

2 Porto Seguro appealed the dismissal of its action against the MV *Federal Danube* on the ground that it did not receive a fair trial. The trial was unfair, it submits, because the trial judge refused to hear the evidence of three expert witnesses Porto Seguro sought to call and because the advice that the two assessors appointed to sit with the trial judge gave her was not disclosed. The Federal Court of Appeal dismissed the appeal, MacGuigan J.A. dissenting: [1996] 2 F.C. 751, 195 N.R. 241. Porto Seguro now appeals to this Court.

3 The trial judge was following settled Federal Court practice in refusing to permit expert evidence where assessors have been appointed to assist the judge in maritime matters. The issue is whether that practice is compatible with a fair trial or natural justice. If not, a new trial must be ordered.

Relevant Statutory Provisions

4 The following statutory provisions are relevant to the disposition of the case at bar.

Admiralty Act, R.S.C. 1970, c. A-1

18. (1) The jurisdiction of the Court on its Admiralty side extends to and shall be exercised in respect of all navigable waters, tidal and non-tidal, whether naturally navigable or artificially made so, and although such waters are within the body of a county or other judicial district, and, generally, such jurisdiction shall, subject to this Act, be over the like places, persons, matters and things as the Admiralty jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England, whether existing by virtue of any statute or otherwise, and be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court.

. . .

(7) The jurisdiction of the Court on its Admiralty side shall, so far as regards procedure and practice, be exercised in the manner provided by this Act or by general rules and orders, and where no special provision is con-

La société Porto Seguro a formé un appel à l'encontre du rejet de l'action visant le NM *Federal Danube* pour le motif qu'elle n'a pas obtenu un procès équitable. Elle a prétendu que le procès était inéquitable parce que le juge de première instance a refusé d'entendre le témoignage des trois experts qu'elle voulait citer et parce que les avis donnés au juge de première instance par les deux assesseurs nommés pour siéger avec elle n'ont pas été divulgués. La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel, le juge MacGuigan étant dissident: [1996] 2 C.F. 751, 195 N.R. 241. La société Porto Seguro se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Le juge de première instance a suivi une pratique bien établie de la Cour fédérale qui consiste à exclure le témoignage d'experts lorsque des assesseurs ont été nommés afin d'assister le juge en matière maritime. La question est de savoir si cette pratique est compatible avec un procès équitable ou les principes de justice naturelle. Dans le cas contraire, un nouveau procès doit être ordonné.

Dispositions législatives pertinentes

Les dispositions suivantes sont pertinentes pour trancher le présent pourvoi:

Loi sur l'Amirauté, S.R.C. 1970, ch. A-1

18. (1) La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté s'étend et doit s'exercer relativement à toutes les eaux navigables, à marée et sans marée, qu'elles soient naturellement navigables ou qu'elles le soient artificiellement devenues, et bien que ces eaux soient dans les limites d'un corps de comté ou autre district judiciaire, et, en général, cette juridiction embrasse, sous réserve de la présente loi, les mêmes endroits, personnes, matières et choses que la juridiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre, qu'elle existe en vertu de quelque loi ou autrement, et elle doit être exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour.

. . .

(7) La juridiction de la Cour en sa juridiction d'amirauté doit, en ce qui concerne la procédure et la pratique, être exercée de la manière prescrite par la présente loi ou par des règles et ordonnances générales, et lorsque la

tained in this Act or in general rules and orders with reference thereto any such jurisdiction shall be exercised as nearly as may be in the same manner as that in which it may now be exercised by the Court.

Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11

35. The practice and procedure in suits, actions and matters in the Exchequer Court, shall, so far as they are applicable, and unless it is otherwise provided for by this Act, or by general rules made in pursuance of this Act, be regulated by the practice and procedure in similar suits, actions and matters in Her Majesty's High Court of Justice in England on the 1st day of January 1928.

Federal Court Act, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)

62. . . .

(6) All provisions of law and rules and orders regulating the practice and procedure in the Exchequer Court of Canada existing and in force on the 1st day of June 1971 shall, to the extent that they are not inconsistent with the provisions of this Act, remain in force until altered or rescinded or otherwise determined.

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7

2. In this Act,

. . .

“Canadian maritime law” means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament;

42. Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament.

présente loi ou les règles et ordonnances générales ne contiennent aucune disposition particulière à cet égard, cette juridiction est, autant que possible, exercée de la même manière qu'elle peut l'être actuellement par la Cour.

Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1970, ch. E-11

35. À la Cour de l'Échiquier, la pratique et la procédure dans les poursuites, actions et affaires sont régies par la pratique et la procédure suivies dans les poursuites, actions et affaires analogues, à la Haute Cour de Justice de Sa Majesté, en Angleterre, le 1^{er} janvier 1928, dans la mesure où elles sont applicables et à moins qu'il ne soit autrement prescrit par la présente loi ou par des règles générales édictées en exécution de la présente loi.

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)

62. . . .

(6) Toutes les dispositions existantes du droit et des règles et ordonnances réglementant la pratique et la procédure devant la Cour de l'Échiquier du Canada et qui sont en vigueur le 1^{er} juin 1971 demeurent en vigueur, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi, jusqu'à ce qu'elles soient modifiées, annulées ou qu'il en ait été autrement réglé.

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

«droit maritime canadien» Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou de toute autre loi, ou qui en aurait relevé si ce tribunal avait eu, en cette qualité, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté.

42. Le droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi.

Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663

Rule 482. (1) No evidence in chief of an expert witness shall be received at the trial (unless the Court otherwise orders in a particular case) in respect of any issue unless

(a) that issue has been defined by the pleadings or by agreement of the parties filed under Rule 485;

(b) an affidavit setting out the proposed evidence has been filed and a copy of it served on all other parties at least 30 days before the commencement of the trial; and

(c) the expert witness is available at the trial for cross-examination.

(2) Subject to compliance with paragraph (1), evidence in chief of an expert witness may be tendered at the trial by

(a) the reading of the whole of the affidavit referred to in paragraph (1), or such part thereof as the party decides to use at the trial, into evidence by the witness (unless the Court, with the consent of all parties, permits it to be taken as read); and

(b) if the party so elects, verbal testimony by the witness

(i) explaining or demonstrating what is in the affidavit or the part thereof that has been so put into evidence, as the case may be, and

(ii) otherwise, by special leave of the Court subject to such terms if any as seem just.

Rule 492. (1) The Court may, if it thinks it expedient so to do, call in the aid of one or more assessors, specially qualified, and hear and determine a matter, wholly or partially, with the assistance of such assessor or assessors.

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

7. Where, in any trial or other proceeding, criminal or civil, it is intended by the prosecution or the defence, or by any party, to examine as witnesses professional or other experts entitled according to the law or practice to give opinion evidence, not more than five of such witnesses may be called on either side without the leave of the court or judge or person presiding.

Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, ch. 663

Règle 482. (1) Aucune preuve sur l'examen en chef d'un expert ne doit être reçue à l'instruction (sauf ordre contraire donné par la Cour dans un cas particulier) au sujet d'une question à moins

a) que cette question n'ait été définie par les plaidoiries ou par accord des parties déposé en vertu de la Règle 485;

b) qu'un affidavit énonçant la preuve proposée n'ait été déposé et qu'une copie n'ait été signifiée aux autres parties au moins 30 jours avant le début de l'instruction;

c) que l'expert ne soit disponible à l'instruction pour contre-interrogatoire.

(2) Sous réserve de se conformer à l'alinéa (1), la preuve sur examen en chef d'un expert cité comme témoin peut être présentée à l'instruction

a) par la lecture de toute déposition de l'expert, contenue à l'affidavit mentionné à l'alinéa (1), ou d'un ou de plusieurs extraits de cet affidavit que la partie décide d'utiliser à l'instruction (à moins que la Cour, avec le consentement de toutes les parties, ne permette de considérer le texte comme déjà lu); et

b) si la partie le désire, par déposition orale de l'expert,

(i) expliquant ou démontrant ce qu'il a exprimé dans l'affidavit ou dans le ou les passages d'affidavit qui ont ainsi été présentés comme preuve, selon le cas, et

(ii) autrement, par permission spéciale de la Cour aux conditions qui, le cas échéant, semblent justes.

Règle 492. (1) La Cour pourra, si elle juge opportun de le faire, demander l'aide d'un ou plusieurs assesseurs spécialement qualifiés, et entendre et juger une question, en tout ou en partie, avec l'aide de ce ou ces assesseurs.

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

7. Lorsque, dans un procès ou autre procédure pénale ou civile, le poursuivant ou la défense, ou toute autre partie, se propose d'interroger comme témoins des experts professionnels ou autres autorisés par la loi ou la pratique à rendre des témoignages d'opinion, il ne peut être appelé plus de cinq de ces témoins de chaque côté sans la permission du tribunal, du juge ou de la personne qui préside.

The Rule

The *Federal Court Rules* provide for assessors to be appointed to assist the trial judge: Rule 492. They also provide for expert evidence: Rule 482. They are silent, however, on whether expert evidence may be called in cases where assessors have been appointed. The practice of disallowing such evidence is based not on the wording of the rules, but on a long line of English and Canadian jurisprudence.

The rule against expert evidence where assessors sit with a judge finds its origin in English practice. The practice was for the judge to sit with two Elder Brethren of Trinity House, who would give their advice on technical matters of navigation and seamanship. That advice, although not binding, was usually followed. In such cases, expert evidence was not permitted.

This rule has been affirmed in Canada, most recently in *Egmont Towing & Sorting Ltd. v. The Ship "Telendos"* (1982), 43 N.R. 147. As noted at p. 155 of the Federal Court of Appeal decision, the trial judge in that case had refused to accept expert evidence on the ground that "when the court is assisted by nautical assessors, whose duty it is to advise on matter[s] of nautical skills and knowledge, the evidence of witnesses tendered for expert testimony on those very matters is not to be received". The Federal Court of Appeal upheld this ruling. Thurlow C.J. opined, at p. 165, that "whatever its faults, the system will not be improved by departing from the rule that expert evidence is not admissible on matters within the expertise of the assessors". He agreed, however, that certain "features of the system may indicate that the system itself is anomalous and capable of being unfair. If so, that may be a matter for the legislature or perhaps for consideration and review at the highest judicial level if and when an appropriate case for such a review arises". That time has now come.

La règle

Les *Règles de la Cour fédérale* prévoient la nomination d'assesseurs pour assister le juge de première instance: règle 492. Elles prévoient également le témoignage d'experts: règle 482. Cependant, elles n'abordent pas la question de savoir si des experts peuvent être cités dans les affaires où des assesseurs ont été nommés. La pratique voulant que ce genre de témoignage ne soit pas admis est fondée non pas sur le texte des règles mais sur une jurisprudence anglaise et canadienne constante.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque des assesseurs siègent avec le juge a son origine dans une pratique anglaise. D'après celle-ci, le juge siégeait avec deux Elder Brethren de la Trinity House, qui donnaient leur avis sur les aspects techniques de la navigation et de la science nautique. Sans s'imposer au tribunal, ces avis étaient habituellement suivis. Dans ces cas, le témoignage d'experts n'était pas autorisé.

Cette règle a été confirmée la dernière fois au Canada dans l'arrêt *Egmont Towing & Sorting Ltd. c. Le navire «Telendos»* (1982), 43 N.R. 147. Comme il est mentionné à la p. 155 de cette décision de la Cour d'appel fédérale, le juge de première instance avait refusé d'admettre le témoignage d'experts pour le motif que, «lorsque la Cour bénéficie de l'aide d'assesseurs maritimes, dont le devoir est de la conseiller en matière de connaissances maritimes, le témoignage de personnes présentées comme experts en ces matières n'est pas admissible». La Cour d'appel fédérale a maintenu cette décision. Le juge Thurlow était d'avis que «le système, quelles que soient ses failles, ne saurait être amélioré par un abandon de la règle voulant que le témoignage d'experts ne soit pas admissible sur des questions relevant de la compétence des assesseurs» (p. 165). Il était d'accord pour dire, cependant, que certains «aspects du système en démontrent les anomalies et aussi qu'il pourrait se révéler injuste. Mais alors c'est l'affaire du législateur, ou encore la juridiction du degré le plus élevé pourrait-elle éventuellement s'en saisir, advenant une affaire où cela s'imposerait». Ce moment est maintenant venu.

5

6

7

8 The rule was originally applied to issues of navigation and seamanship. However, it appears to have been extended to any matters on which the assessors have expertise. The justification for the rule is that it is the task of the assessors to assist the judge on technical matters involving special expertise. To permit expert evidence on the same matters would render the assessors redundant, it is argued. It has also been suggested that the use of assessors instead of expert witnesses promotes shorter, less expensive litigation: *The Telendos*, *supra*.

9 The rule is not absolute. Even in England, judges sitting with assessors have sometimes permitted expert evidence. This may happen where the expertise of the witnesses surpasses that of the assessors (*“Neptun” (Owners) v. Humber Conservancy Board* (1937), 59 L.L.R. 158 (Adm.), at p. 167), or where the parties have prepared their case on the basis of an exchange of experts’ reports (*The “Antares II” and “Victory”*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 482 (Q.B. (Adm. Ct.)), at pp. 491-93). Departure from the rule in England is assisted since 1972 by the *Civil Evidence Act* (U.K.), 1972, c. 30, which makes expert evidence admissible: *The Victory*, *supra*.

Is the Rule a Procedural Rule or a Legal Rule?

10 The Federal Court of Appeal took different views of the status of the rule. The majority, *per Pratte J.A.*, treated it as a substantive legal rule. MacGuigan J.A., dissenting, argued that it is a mere rule of procedure, or adjectival law. This is important, because rules of procedure are less strictly applied and more easily changed than rules of substantive law, and because of the argument that Canada incorporated the English substantive law on maritime matters, but not necessarily its procedural law.

11 In my view, the rule is one of procedure. It is a rule about how the trial should be conducted, not

La règle s’appliquait à l’origine aux questions de navigation et de science nautique. Elle paraît toutefois avoir été étendue à tous les domaines dans lesquels les assesseurs peuvent apporter leurs connaissances d’expert. La règle se justifie par la mission confiée aux assesseurs qui est d’assister le juge sur les questions techniques impliquant des connaissances spécialisées. L’on a fait valoir que l’admission du témoignage d’experts sur les mêmes questions rendrait redondant le recours aux assesseurs. On a également affirmé que le recours à des assesseurs plutôt qu’à des témoins experts entraînait une économie de temps et d’argent pour les justiciables: *Le Telendos*, précité.

La règle n’est pas absolue. Même en Angleterre, des juges siégeant avec des assesseurs ont parfois permis le témoignage d’experts. Cela peut arriver lorsque les témoins possèdent des connaissances plus étendues que les assesseurs (*«Neptun» (Owners) c. Humber Conservancy Board* (1937), 59 L.L.R. 158 (Adm.), à la p. 167) ou lorsque les parties se sont préparées en fonction d’un échange de rapports d’experts (*The «Antares II» and «Victory»*, [1996] 2 Lloyd’s Rep. 482 (Q.B. (Adm. Ct.)), aux pp. 491 à 493). Il est plus facile de déroger à la règle en Angleterre depuis 1972 puisque la *Civil Evidence Act* (R.-U.), 1972, ch. 30, rend le témoignage d’experts admissible: *The Victory*, précité.

S’agit-il d’une règle de procédure ou d’une règle de droit?

La Cour d’appel fédérale est divisée sur la nature de la règle. Le juge Pratte, au nom de la majorité, l’a traitée comme une règle de droit substantiel. Le juge MacGuigan, lui, estime dans ses motifs dissidents que c’est une simple règle de procédure. C’est important parce que les règles de procédure sont appliquées moins strictement et modifiées plus facilement que les règles de droit substantiel et parce que l’on fait valoir qu’en matière maritime, le Canada a incorporé le droit substantiel anglais, mais pas nécessairement le droit anglais de la procédure.

À mon avis, il s’agit d’une règle de procédure. C’est une règle portant sur la conduite du procès et

about the issues at stake between the parties in the action. As procedural law, it can be made by judicial order and regulation, as opposed to laws passed in the legislature.

The Federal Court has held the Admiralty rules, including the rule here at issue, to be procedural. In *Oy Nokia Ab v. The Ship "Martha Russ"*, [1973] F.C. 394 (T.D.), at p. 402, Collier J. stated: "The Admiralty Rules were not, in my view, substantive law administered by the Exchequer Court, but adjective law, a code of procedure to regulate the mode in which successive steps in Admiralty litigation were taken". The Federal Court of Appeal, *per Le Dain J.A.*, took the same view in *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn"*, [1977] 2 F.C. 274, at pp. 277-78. I agree.

The Status of the Rule in Canada

The respondents argue that the rule against expert evidence where the judge sits with assessors has been adopted into Canadian maritime law by statute. Pratte J.A., for the majority in the Federal Court of Appeal, accepted this argument and seems to have found that it precluded the judiciary from making changes to the rule. With respect, I cannot agree.

The argument goes as follows. Section 42 of the present *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, provides that "Canadian maritime law as it was immediately before June 1, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this Act or any other Act of Parliament". "Canadian maritime law" is defined in s. 2 as "the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970 . . .". The law administered by the Exchequer Court of Canada was English admiralty law. In addition, the transitional provisions of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, and of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 (consolidated in R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)), provided for continuance of English

non sur les questions litigieuses opposant les parties. La règle de procédure peut avoir pour origine une ordonnance judiciaire ou un règlement, par opposition à la loi qui est votée par une assemblée législative.

La Cour fédérale a statué que les règles en matière d'amirauté, dont la règle visée en l'espèce, sont de nature procédurale. Dans la décision *Oy Nokia Ab c. Le navire «Martha Russ»*, [1973] C.F. 394 (1^{re} inst.), le juge Collier a déclaré, à la p. 402: «À mon sens, les règles d'amirauté ne constituaient pas des règles de fond appliquées par la Cour de l'Échiquier mais plutôt des règles de procédure réglant les diverses étapes des litiges en amirauté». La Cour d'appel fédérale a adopté, sous la plume du juge Le Dain, la même opinion dans l'arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn»*, [1977] 2 C.F. 274, aux pp. 277 et 278. J'y souscris.

La nature de la règle au Canada

Les intimés soutiennent que la règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge siège avec des assesseurs a été incorporée en droit maritime canadien par voie législative. Au nom de la majorité, le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale a accepté cette thèse et il semble avoir conclu que cela empêchait les tribunaux d'apporter des modifications à la règle. Je ne puis être d'accord.

Les arguments invoqués sont les suivants. L'article 42 de l'actuelle *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, prévoit que «[l]e droit maritime canadien en vigueur au 31 mai 1971 continue à s'appliquer, sous réserve des modifications éventuelles par la présente loi ou toute autre loi». L'expression «droit maritime canadien» est définie à l'art. 2 comme étant le «[d]roit [. . .] dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa qualité de juridiction de l'Amirauté, aux termes de la *Loi sur l'Amirauté*, chapitre A-1 des Statuts révisés du Canada de 1970 . . .». Le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada était le droit anglais en matière d'amirauté. De plus, les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, ch. E-11, et celles de la *Loi sur la*

12

13

14

practices and procedures in all matters before the Exchequer Court and the Federal Court unless stated otherwise. It follows, the argument concludes, that the Federal Court of Canada is compelled to apply English rules of evidence and procedure.

15 In my view, this argument cannot be accepted. First, there is a strong argument that the statutory provisions incorporating English admiralty law distinguish between substantive and procedural law and did not carry forward English procedural law, notwithstanding the transitional provisions in the 1970 *Federal Court Act*. Second, even if this view were wrong and English practices and procedures in Admiralty were held to be incorporated by statute into Canadian law, the assumption is mistaken that a mutable common law rule is transformed into an immutable statutory rule simply because it has been made applicable in Canada by statute.

16 The Federal Court's jurisdiction over maritime matters may be traced to the *Admiralty Act*, R.S.C. 1970, c. A-1, s. 18, which conferred jurisdiction on its predecessor, the Exchequer Court. Section 18 of the *Admiralty Act* distinguished between substantive law and procedural practices. Section 18(1) conferred on the Exchequer Court the admiralty "jurisdiction now possessed by the High Court of Justice in England", to "be exercised by the Court in like manner and to as full an extent as by such High Court". This provision addresses what powers the Court possessed and what substantive law it should apply.

17 Section 18(7), by contrast, addressed procedure. It provided that the jurisdiction conferred by s. 18(1) should be exercised "so far as regards procedure and practice . . . in the manner provided by this Act or by general rules and orders". It went on

Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, ch. 1 (codifiées dans S.R.C. 1970, ch. 10 (2^e suppl.)), prévoyaient que les pratiques et procédures anglaises continuaient de s'appliquer devant la Cour de l'Échiquier et la Cour fédérale, sauf disposition contraire. Il s'ensuit, selon cette thèse, que la Cour fédérale du Canada est tenue d'appliquer les règles anglaises en matière de preuve et de procédure.

À mon avis, cette thèse ne peut être acceptée. En premier lieu, des raisons solides permettent d'avancer que les dispositions législatives incorporant le droit anglais en matière d'amirauté établissent une distinction entre le droit substantiel et le droit de la procédure et n'ont pas introduit les règles de droit anglaises en matière de procédure, malgré les dispositions transitoires de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970. En second lieu, même si cette opinion était erronée et que les pratiques et procédures anglaises en matière d'amirauté étaient reconnues comme étant incorporées par voie législative au droit canadien, il est incorrect de tenir pour établi qu'une règle de common law susceptible de modification s'est transformée en règle législative immuable pour la simple raison qu'une disposition législative en prévoit l'application au Canada.

On peut faire remonter la compétence de la Cour fédérale en matière maritime à la *Loi sur l'Amirauté*, S.R.C. 1970, ch. A-1, art. 18, qui l'avait conférée au tribunal qu'elle a remplacé, soit la Cour de l'Échiquier. L'article 18 de la *Loi sur l'Amirauté* établissait une distinction entre le droit substantiel et les pratiques en matière de procédure. Le paragraphe 18(1) a conféré à la Cour de l'Échiquier la «jurisdiction d'amirauté actuellement possédée par la Haute Cour de Justice en Angleterre» laquelle «doit être exercée par la Cour de la même manière et dans la même mesure que par cette Haute Cour». Cette disposition portait sur les pouvoirs dont la Cour était investie et sur le droit substantiel qu'elle devait appliquer.

Le paragraphe 18(7), au contraire, traitait de la procédure. Il disposait que la compétence conférée par le par. 18(1) devait être exercée «en ce qui concerne la procédure et la pratique [. . .] de la manière prescrite par la présente loi ou par des

to state that “where no special provision is contained in this Act or in general rules and orders with reference thereto any such jurisdiction shall be exercised as nearly as may be in the same manner as that in which it may now be exercised by the Court”. Unlike s. 18(1), s. 18(7) makes no mention of carrying over English rules of practice and procedure. Rather, the intention of Parliament appears to have been that the practices and procedures that governed other proceedings in the Exchequer Court should apply.

This, however, is not the end of the matter. Section 35 of the *Exchequer Court Act* stated that unless otherwise provided in the Act or rules, the Court’s procedures would be regulated by the practice and procedure in similar matters in the High Court of England. This provision was carried forward in the transitional provision of the 1970 *Federal Court Act*, s. 62(6), designed to provide continuity in the transition of jurisdiction from the Exchequer Court to the Federal Court. Although not appearing in the 1985 consolidation of the *Federal Court Act*, the transitional provision has not been repealed and arguably still has legal force.

But the transitional provision which may be argued to make Exchequer Court practice and hence the practice of the High Court of England applicable does not stand alone. The same statute that included the general transitional provision providing continuity between practice in the Exchequer Court and the Federal Court spoke explicitly to what maritime jurisdiction the Federal Court would possess. Section 42 provided that “Canadian maritime law as it was immediately before the 1st day of June 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act”. Section 2 of the Act defined “Canadian maritime law” as “the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side”.

règles et ordonnances générales», et plus loin, il précisait que, «lorsque la présente loi ou les règles et ordonnances générales ne contiennent aucune disposition particulière à cet égard, cette juridiction est, autant que possible, exercée de la même manière qu’elle peut l’être actuellement par la Cour». Contrairement au par. 18(1), le par. 18(7) ne fait aucunement mention du maintien des règles anglaises de pratique et de procédure. Le législateur semble plutôt avoir voulu que les pratiques et procédures régissant les autres affaires devant la Cour de l’Échiquier s’appliquent.

Toutefois, cela ne clôt pas la question. Aux termes de l’art. 35 de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, à moins qu’il ne soit autrement prescrit par la loi ou par les règles, la pratique et la procédure dans les affaires devant la Cour sont régies par la pratique et la procédure suivies dans les affaires analogues à la Haute Cour d’Angleterre. Cette prescription a été reprise dans la disposition transitoire de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970, par. 62(6), qui visait à prévenir toute solution de continuité dans la transition de la Cour de l’Échiquier à la Cour fédérale. Bien qu’elle ne figure pas dans la codification de 1985 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la disposition transitoire n’a pas été abrogée et l’on peut soutenir qu’elle est toujours en vigueur.

Cependant, la disposition transitoire qui rendrait applicable la pratique de la Cour de l’Échiquier et donc, la pratique de la Haute Cour d’Angleterre, n’existe pas seule. La loi qui contient la disposition transitoire générale assurant la continuité de la pratique entre la Cour de l’Échiquier et la Cour fédérale énonce également de façon expresse les pouvoirs conférés en matière maritime à la Cour fédérale. En vertu de l’art. 42, «[l]e droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1^{er} juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi». L’article 2 de la Loi définissait l’expression «droit maritime canadien» comme étant le «droit dont l’application relevait de la Cour de l’Échiquier du Canada, en sa juridiction d’amirauté».

18

19

20

The Federal Court of Canada has on two occasions defined “Canadian maritime law” as excluding procedural practices, concluding that the maritime practices and procedures of England were not statutorily transferred to Canada as part of its jurisdiction. In *The Martha Russ*, *supra*, Collier J. stated, at pp. 401-2, that “the law administered by the Exchequer Court on its Admiralty side means the substantive law found in the *Admiralty Act* and other statutes, including English statutes, whereby jurisdiction over various types of claims was set out. The Admiralty Rules were not, in my view, substantive law administered by the Exchequer Court . . .”. Similarly, in *The Capricorn*, *supra*, Le Dain J.A. stated, at p. 278, for the Federal Court of Appeal: “‘Canadian maritime law’, as defined by the Act, would not appear to contemplate matters of practice and procedure provided for by Rules and orders”.

21

There is much to be said for this interpretation and the view that, notwithstanding the transitional provision in the *Federal Court Act*, admiralty rules of procedure, as distinguished from substantive law, have not been statutorily transferred to the Federal Court. It accords with the apparent intention of Parliament, expressed in s. 18 of the *Admiralty Act*, that even in the Exchequer Court, the rules of practice and procedure on admiralty matters should be those administered generally by that Court and not those of England. Opposed to this is the general provision of s. 35 of the *Exchequer Court Act* providing for adoption of English practices and procedures where the rules and Act are silent.

22

Arguably, the best way to resolve the apparent desire of Parliament that Canadian procedures apply in admiralty matters with the general transitional provision that, when not provided to the contrary, English procedural rules should apply is to conclude that Parliament, through s. 18 of the *Admiralty Act* and ss. 42 and 2 of the *Federal*

La Cour fédérale du Canada a défini, à deux reprises, l’expression «droit maritime canadien» de manière à exclure les pratiques en matière de procédure, et elle a conclu que les pratiques et procédures anglaises en matière maritime n’ont pas été introduites par voie législative au Canada dans le cadre des compétences qui lui ont été conférées. Dans la décision *Le Martha Russ*, précitée, le juge Collier a déclaré, aux pp. 401 et 402, que, «par droit appliqué par la Cour de l’Échiquier en sa juridiction d’amirauté, on entend le droit établi par la *Loi sur l’Amirauté* et les autres lois, y compris les lois anglaises qui énoncent les compétences relatives à divers types de demandes. À mon sens, les règles d’amirauté ne constituaient pas des règles de fond appliquées par la Cour de l’Échiquier . . . » De même, dans l’arrêt *Le Capricorn*, précité, le juge Le Dain a dit, au nom de la Cour d’appel fédérale, à la p. 278: «le ‘droit maritime canadien’, tel que défini par la Loi, ne paraît pas envisager les questions de pratique et de procédure prévues par les Règles et les ordonnances».

Beaucoup d’arguments appuient cette interprétation et l’idée que, malgré la présence de la disposition transitoire dans la *Loi sur la Cour fédérale*, l’application des règles de procédure en matière d’amirauté, par opposition aux règles de droit substantiel, n’a pas été transférée par voie législative à la Cour fédérale. Cela est conforme à l’intention apparente du législateur, exprimée à l’art. 18 de la *Loi sur l’Amirauté*, et selon laquelle même devant la Cour de l’Échiquier, les règles de pratique et de procédure en matière d’amirauté sont celles qui sont appliquées généralement par cette Cour et non celles d’Angleterre. À l’inverse, la disposition générale de l’art. 35 de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier* prévoit l’application des pratiques et procédures anglaises lorsque les règles et la Loi sont muettes à ce sujet.

On peut soutenir que la meilleure façon de concilier la volonté apparente du législateur que les procédures canadiennes s’appliquent en matière d’amirauté et la disposition transitoire générale prévoyant que, sauf disposition contraire, les règles de procédure anglaises devraient s’appliquer est de conclure que le législateur a effectivement prévu le

Court Act, has indeed provided to the contrary. It has done this by distinguishing, where Admiralty is concerned, between substantive law on the one hand and procedural rules and practices on the other hand, and by providing that for procedural rules and practices the general practices of the court should prevail. In this way, the transitional provision is read down as not pertaining to admiralty law, which is governed exclusively by s. 42 of the *Federal Court Act*.

However, even if the transitional provision of the 1970 *Federal Court Act*, by reference to s. 35 of the earlier *Exchequer Court Act*, was found to transfer English practices and procedures to the Federal Court, this would not lead to the conclusion that the English practices and procedures thus incorporated are cast in statutory stone, losing their character of common law rules subject to judicial alteration. This point was made succinctly by MacGuigan J.A. in his dissenting reasons in the case at bar (at p. 780 F.C.):

Moreover, as judge-made law the English rule can have no greater status than the rule in *Telendos* itself. Section 42 of the Act provides merely for legal continuity. It does not purport to transform English judge-made law into Canadian statutory law, but to incorporate it as if it were Canadian judge-made law. It is therefore subject to subsequent judicial overruling.

Where a statute incorporates English common law into Canadian law, it incorporates it as Canadian common law. It does not change its character from common law to statutory law, rendering it untouchable by the courts that created it. This Court has long taken the view that courts can continue to modify and expand common law rules introduced by statute. As McIntyre J. stated in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 776:

contraire par le truchement de l'art. 18 de la *Loi sur l'Amirauté* et des art. 42 et 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il l'a fait en établissant une distinction en matière d'amirauté, entre le droit substantiel, d'une part, et les règles et pratiques de procédure, d'autre part, et en disposant qu'en ce qui concerne les règles et pratiques de procédure, les pratiques générales de la cour devaient s'appliquer. De cette manière, la disposition transitoire reçoit une interprétation restrictive qui n'admet pas son application au droit de l'amirauté régi exclusivement par l'art. 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Cependant, même si l'on concluait que la disposition transitoire de la *Loi sur la Cour fédérale* de 1970, par référence à l'art. 35 de l'ancienne *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, rendait les pratiques et procédures anglaises applicables à la Cour fédérale, il ne s'ensuivrait pas que les pratiques et procédures anglaises ainsi incorporées soient coulées dans le bronze et perdent leur qualité de règles de common law susceptibles d'être modifiées par les tribunaux. Le juge MacGuigan l'a dit succinctement dans ses motifs dissidents, à la p. 780 C.F.:

De plus, à titre de jurisprudence, la règle anglaise ne saurait avoir rang supérieur à la règle énoncée dans l'arrêt *Telendos*. L'article 42 de la Loi ne porte que sur le maintien du droit maritime canadien. Il ne vise pas à convertir la jurisprudence anglaise en des dispositions législatives canadiennes, mais plutôt à l'intégrer comme s'il s'agissait de jurisprudence canadienne. Il est donc possible que cette jurisprudence soit éventuellement infirmée par les tribunaux.

Lorsqu'une loi incorpore la common law anglaise dans le droit canadien, elle l'incorpore à titre de common law canadienne. Elle ne transforme pas une règle de common law en règle de droit législatif, la rendant non susceptible de modification par les tribunaux qui l'ont créée. Depuis longtemps, le point de vue adopté par notre Cour est que les tribunaux peuvent continuer de modifier et d'élargir les règles de common law introduites par voie législative. Comme l'a dit le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la p. 776:

23

24

Canadian maritime law, as a body of substantive law, encompasses the principles of English maritime law as they were developed and applied in the Admiralty Court of England Thus, the body of admiralty law, which was adopted from England as Canadian maritime law, encompassed both specialized rules and principles of admiralty and the rules and principles adopted from the common law and applied in admiralty cases as these rules and principles have been, and continue to be, modified and expanded in Canadian jurisprudence. [Emphasis added.]

25

I conclude that, regardless of how the rule here at issue was incorporated into Canadian common law, Canadian courts possess the same power to modify the rule as they would to modify a Canadian common law rule of practice. Two related questions remain. First, considering that the rule forbidding expert evidence where a judge sits with assessors in an admiralty case forms part of the common law of Canada, should this Court alter the rule? Second, if it should alter the rule, what should the revised practice be?

The Principles Governing Judicial Alteration of Rules of Procedure

26

Courts may change common law rules where this is necessary to achieve justice and fairness by bringing the law into harmony with social, moral and economic changes in society, and where the change will not have complex and unforeseeable consequences: *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at pp. 665-66; *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. G. (D.F.)*, [1997] 3 S.C.R. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. The magnitude of the change may fall to be considered under the last rubric; a major change is likely to have wide and unforeseeable ramifications that are better left to the legislature or Parliament (see *Winnipeg Child and Family Services, supra*), while incremental changes are more likely to have confined and foreseeable ramifications. The nature of the rule may also fall to be considered. Changes to rules of court procedure are more easily made than

Le droit maritime canadien, en tant qu'ensemble de règles de fond, englobe les principes du droit maritime anglais élaborés et appliqués par la Cour d'amirauté d'Angleterre [. . .] Ainsi, l'ensemble de règles de droit maritime qui a été emprunté à l'Angleterre pour constituer le droit maritime canadien englobait à la fois les règles et principes spéciaux en matière d'amirauté et les règles et principes puisés dans la *common law* et appliqués aux affaires d'amirauté selon que ces règles et principes ont été, et continuent d'être, modifiés et élargis dans la jurisprudence canadienne. [Je souligne.]

Je conclus que, indépendamment de la façon dont la règle en cause a été incorporée à la common law canadienne, les tribunaux canadiens exercent à l'égard de la règle le même pouvoir de modification que s'il s'agissait d'une règle de pratique de la common law canadienne. Il reste deux questions connexes. En premier lieu, vu que la règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs dans une affaire d'amirauté fait partie de la common law du Canada, notre Cour doit-elle modifier cette règle? En second lieu, si elle doit le faire, que devrait être la pratique révisée?

Les principes régissant la modification des règles de procédure par les tribunaux

Les tribunaux peuvent modifier les règles de common law lorsque cela est nécessaire pour rendre justice et respecter l'équité en harmonisant le droit avec les changements sociaux, moraux et économiques qui se produisent dans la société et lorsque la modification n'entraînera pas de conséquences complexes et imprévisibles: *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, aux pp. 665 et 666; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Il y aurait lieu d'examiner l'ampleur de la modification sous l'angle du dernier point; une modification importante est susceptible d'avoir des répercussions étendues et imprévisibles qui relèvent du législateur provincial ou fédéral (voir *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg, précité*), tandis que des modifications

changes to the substantive law, since court procedures fall directly within the domain and expertise of the courts, which are in a good position to know what changes are required to make the court system fairer and what the consequences of the changes will be.

Should the Rule Against Expert Evidence Where a Judge Sits with Assessors in Admiralty Be Changed?

The principles discussed thus far establish that it is open to this Court to change the procedural rule barring expert evidence in cases where judges sit with assessors in Admiralty, if it is established that the change is required for reasons of justice or fairness and that the change will not have complex and unforeseeable consequences. The remaining question is whether these conditions are met.

The first issue is whether the change is required for reasons of justice or fairness, or, to paraphrase the words of Iacobucci J. in *Salituro*, *supra*, to bring the rule at issue into harmony with the needs of the modern trial process. In my view, it is.

The rule against expert evidence where a judge sits with assessors in admiralty cases suffers from four defects. First, the prohibition on expert evidence violates the principle of natural justice of the right to be heard, *audi alteram partem*. This principle confers the right on every party to litigation to bring forth evidence on all material points. Trial judges possess a discretion to limit evidence or exclude evidence where its relevance is outweighed by the prejudice it may cause to the trial process. But the principle that every litigant has a right to be heard goes against the exclusion of an entire category of evidence. To say that a litigant cannot call any expert evidence on matters that are

apportées progressivement sont plus susceptibles d'avoir des répercussions limitées et prévisibles. Il y a peut-être lieu aussi de prendre en considération la nature de la règle. Il est plus facile d'apporter des modifications aux règles de procédure des tribunaux qu'aux règles de droit substantiel, parce que la procédure relève directement de la compétence et du champ de spécialisation des tribunaux, qui sont bien placés pour savoir quelles modifications il faut apporter pour rendre le système judiciaire plus équitable et quelles conséquences entraîneront les modifications.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté devrait-elle être modifiée?

Selon les principes examinés jusqu'ici, notre Cour peut modifier la règle de procédure empêchant le témoignage d'experts dans les affaires où un juge siège avec des assesseurs en matière d'amirauté s'il est établi que la modification est nécessaire à des fins de justice ou d'équité et qu'elle n'aura pas de conséquences complexes et imprévisibles. L'autre question est de savoir si ces conditions sont réunies.

La première question est de savoir si la modification est nécessaire à des fins de justice ou d'équité ou, pour paraphraser l'expression utilisée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Salituro*, précité, afin d'adapter la règle en cause aux exigences du procès moderne. À mon avis, elle l'est.

La règle interdisant le témoignage d'experts lorsqu'un juge siège avec des assesseurs dans les affaires d'amirauté souffre de quatre défauts. Premièrement, l'interdiction frappant le témoignage d'experts viole le principe de justice naturelle qui consacre le droit d'être entendu, *audi alteram partem*. Ce principe confère à toute partie à un litige le droit de présenter des éléments de preuve sur tous les points importants. Le juge de première instance a le pouvoir discrétionnaire de limiter les éléments de preuve ou de les écarter lorsque le préjudice qu'ils peuvent causer au procès l'emporte sur leur pertinence. Mais le principe voulant que toute partie au litige ait le droit d'être entendue s'oppose à

27

28

29

at issue in the litigation is to deny the litigant's fundamental right to be heard.

l'exclusion d'une catégorie entière d'éléments de preuve. Dire qu'une partie ne peut pas citer d'experts sur les questions en litige c'est nier son droit fondamental d'être entendue.

30 The rule against expert evidence in cases with assessors is out of step with modern trial practice, which permits expert evidence on matters of opinion at issue on a trial. Section 7 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, confirms this practice, imposing limits only on the number of expert witnesses each side may call. Rule 482 sets detailed procedures to be followed in calling expert evidence. I agree with MacGuigan J.A. that the clear implication of these provisions is that, if the designated procedures are followed and conditions met, a party is entitled to call expert evidence at trial, subject to the common law restrictions on expert evidence as defined in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. Against this background, the rule against expert evidence in admiralty cases where assessors are used stands as an anomaly.

La règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires où des assesseurs ont été nommés va à l'encontre de la pratique judiciaire moderne, qui permet le témoignage d'experts sur des questions d'opinion soulevées dans un procès. L'article 7 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, confirme cette pratique, en imposant des limites seulement quant au nombre de témoins experts que chaque partie peut citer. La règle 482 expose de façon détaillée la procédure à suivre pour présenter des témoins experts. Je suis d'accord avec le juge MacGuigan pour dire qu'il ressort clairement de ces dispositions que, si la procédure indiquée est suivie et que les conditions sont réunies, une partie au litige a le droit de citer des experts à témoigner au procès, sous réserve des restrictions prévues par la common law en ce qui concerne le témoignage d'experts lesquelles sont exposées dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la règle interdisant le témoignage d'experts dans les affaires d'amirauté lorsqu'on a recours à des assesseurs est une anomalie.

31 The rule's variance with the principles of natural justice and the modern rules of evidence and trial procedure establish that the first requirement for changing it is met. This brings us to the second requirement. The issue is whether abolishing the prohibition on expert evidence will have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament.

Le fait que la règle ne concorde pas avec les principes de justice naturelle ni avec les règles modernes de preuve et de procédure judiciaire montre que la première exigence en vue d'une modification est remplie. Cela nous amène à la seconde exigence. La question est de savoir si l'abolition de l'interdiction du témoignage d'experts aura des conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de réformer la règle.

32 The respondents argue that to permit expert evidence is inconsistent with the practice of judges sitting with assessors in admiralty cases. The practice, they argue, is based on the assumption that the assessors will assist the trial judge in the determination of technical issues. There thus is no need for expert witnesses. Alternatively, if expert witnesses are called, nothing remains for the assessors. In other words, to permit expert evidence in

Les intimés soutiennent que permettre le témoignage d'experts est incompatible avec la pratique qui consiste à nommer des assesseurs pour siéger avec les juges dans les affaires d'amirauté. Ils font valoir que cette pratique est fondée sur l'idée que les assesseurs aideront le juge de première instance à trancher des questions techniques. D'où l'inutilité des témoins experts. Subsidièrement, si des experts témoignent, les assesseurs n'ont plus rien à

assessor-assisted cases would amount to tampering with a practice and upsetting the balance upon which it is premised.

This argument brings me to the second problem with the traditional rule: its foundation on the mistaken premise that assessors will be masters of all matters of expertise that arise in the trial. The assumption that assessors are capable of dealing with all matters of opinion that arise in admiralty cases was challenged by Viscount Dunedin in England in 1926 in *Owners of S.S. Australia v. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145 (H.L.), at p. 150:

I cannot forget that when assessors were introduced, ships were sailing ships, and the navigation of a sailing ship is an art which the landsman cannot be expected to understand without much explanation. In these modern times it seems to me that it is much oftener a question of common sense in the application of the rules to avoid collision than a question of seamanship in the true sense of the word. So that, speaking for myself, except for the purposes of explanation, I shall always ask an assessor as little as possible. Certainly to find, as we have found not only in this case but in several cases which have lately occupied your Lordships' attention, that the different assessors are at variance is much more of a hindrance than an assistance.

Collier J. quoted this passage with approval and confirmed its logic in the Canadian context in *Owners of the Ship "Sun Diamond" v. The Ship "Erawan"* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (F.C.T.D.), at p. 145:

In these still more modern times, with considerable technological and scientific advances in the design and equipment of vessels, a qualified assessor, no matter how knowledgeable, cannot have had expert experience in all matters that today may be canvassed and scrutinized in maritime collision litigation. As one small example, some modern vessels are equipped with course recorders. I have had experience with nautical assessors, very able ones, who, understandably, have had no personal experience with the operation of such devices or of the interpretation of what they purport to record. Should expert evidence on a technical matter such as

faire. Autrement dit, permettre le témoignage d'experts dans les affaires dans lesquelles on a recours à des assesseurs équivaut à dénaturer la pratique et à rompre l'équilibre sur lequel elle repose.

Cet argument m'amène au deuxième problème que suscite la règle traditionnelle: le fait qu'elle repose sur l'idée erronée que les assesseurs se prononceraient sur toutes les questions relevant d'un domaine spécialisé qui seront soulevées durant le procès. L'idée que les assesseurs soient en mesure de trancher toutes les questions d'opinion soulevées dans les affaires d'amirauté a été contestée par le vicomte Dunedin en Angleterre en 1926 dans l'arrêt *Owners of S.S. Australia c. Owners of Cargo of S.S. Nautilus*, [1927] A.C. 145 (H.L.), à la p. 150:

[TRADUCTION] Je ne peux pas oublier que lorsque l'on a introduit le recours à des assesseurs, la navigation était à voile et que c'est un art que le terrien, estime-t-on, ne peut pas comprendre sans explications nombreuses. De nos jours, selon moi, l'application des règles destinées à prévenir les abordages relève bien plus souvent du bon sens que de la connaissance de la manœuvre dans le sens véritable du mot. Pour cette raison, moi-même, sauf à des fins d'explication, je recourrai le moins possible à un assesseur. Puisque nous constatons, comme nous l'avons fait en l'espèce et dans plusieurs affaires qui ont été soumises récemment à vos Seigneuries, que les assesseurs divergent, ils constituent davantage un obstacle qu'une solution.

Le juge Collier a approuvé ce passage en confirmant la justesse de ce raisonnement dans le contexte canadien dans la décision *Les propriétaires du navire «Sun Diamond» c. Le navire «Erawan»* (1975), 55 D.L.R. (3d) 138 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 145:

À notre époque actuelle, avec les progrès technologiques et scientifiques considérables dans la conception et l'armement des navires, un assesseur compétent, si vastes soient ses connaissances, ne peut pas avoir acquis des connaissances d'expert sur toutes les questions qui peuvent aujourd'hui être examinées à fond et passées au peigne fin dans les litiges causés par les abordages. À titre d'exemple simple, quelques navires modernes sont équipés d'un indicateur de route. J'ai eu affaire à des assesseurs nautiques très compétents, qui, c'est compréhensible, n'avaient pas utilisé personnellement ces appareils ni n'avaient eu à interpréter ce qu'ils servaient à

that be barred from the Court, merely because assessors (who may know nothing of that field) are present?

If this was true in 1975, how much stronger must be the case for no longer relying exclusively on assessors for expertise in 1997, when vessels are operated by complex computerized navigational devices, often individualized to the ship in which they are found?

34

To reject the rule that assessors serve as the sole source of expertise in admiralty trials is not to entirely preclude the use of assessors. As Collier J. noted, in *The Sun Diamond*, at p. 145:

In Courts other than those hearing Admiralty causes, expert evidence is admitted even if the Judge has the assistance of an assessor. I refer to the *Nord-Deutsche* case . . . and to a very lengthy trial in British Columbia (396 days) where an assessor (a qualified engineer) sat with the trial Judge, and where a huge volume of expert testimony was heard on a number of issues.

In many provinces, assessors may be appointed to assist a judge on cases involving technical evidence, without curtailment of the right of parties to call expert evidence: British Columbia *Rules of Court*, Rule 39(28); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, Rule 28.03(2); Alberta *Rules of Court*, Rule 235; and New Brunswick *Rules of Court*, Rule 54.11. Such assessors function to assist the trial judge in understanding and explaining the technical evidence that the parties have put before the court. The parties are not precluded from calling expert evidence and the trial judge retains the sole responsibility for making the necessary findings of fact and applying the law to them. In this way, assessors may be of assistance to judges in complex, technical cases without trenching on the rules of natural justice. In addition, there may be cases where it is useful to employ a limited version of the old admiralty rule of appointing assessors to assist the judge with findings of fact and fact-

indiquer. Devrait-on interdire l'audition de témoins-experts sur une question technique comme celle-là simplement parce que des assesseurs (qui ne connaissent peut-être rien dans ce domaine) assistent à l'audition?

Si ce raisonnement était fondé en 1975, les arguments justifiant l'abandon du recours exclusif aux assesseurs en ce qui concerne les connaissances d'expert ont encore plus de poids en 1997 alors que les navires fonctionnent grâce à des appareils de navigation complexes et informatisés, souvent conçus spécialement pour le navire dans lequel ils ont été installés.

Rejeter la règle selon laquelle les assesseurs sont l'unique source de connaissances spécialisées dans les procès en matière d'amirauté ne veut pas dire écarter complètement le recours aux assesseurs. Comme le juge Collier l'a fait remarquer dans l'affaire *Le Sun Diamond*, à la p. 145:

Dans les cours siégeant en d'autres matières que celles de droit maritime, on admet le témoignage d'experts même si le juge est aidé par un assesseur. Je m'en réfère à l'affaire *Nord-Deutsche* [. . .] et à une cause très longue plaidée en Colombie-Britannique (396 jours), pour laquelle un assesseur (un ingénieur possédant les qualités requises) siégeait avec le juge de première instance et au cours de laquelle un grand nombre de témoins-experts ont déposé sur plusieurs questions.

Dans de nombreuses provinces, des assesseurs peuvent être nommés afin d'assister le juge dans les affaires comportant des éléments de preuve techniques, sans que soit restreint le droit des parties de citer des experts: la règle 39(28) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique; la règle 28.03(2) des *Civil Procedure Rules* de la Nouvelle-Écosse; la règle 235 des *Alberta Rules of Court*; et la règle 54.11 des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick. Ces assesseurs aident le juge de première instance à comprendre les éléments de preuve techniques que les parties ont présentés à la cour. Il n'est pas interdit aux parties de citer des experts, et le juge de première instance continue d'apprécier souverainement les constatations de fait et de leur appliquer les règles de droit. De cette façon, les assesseurs peuvent assister le juge dans les affaires complexes et techniques sans qu'il soit porté atteinte aux règles de justice naturelle. De plus, il peut être utile dans certains cas d'appliquer

related opinions. This option would remain available subject to precautions to avoid breach of the principles of natural justice.

This brings me to the third flaw in the present rule — the fact that it does not permit disclosure to the parties of what passes between the judge and the assessor. Such disclosure may not be required where the assessor functions only to assist the judge in understanding technical evidence, particularly if expert evidence has been introduced on the issue in question. Where assessors venture opinions on factual matters at issue between the parties, however, natural justice requires more. It may be necessary to require the disclosure of questions put by the judge to the assessors and their responses, as proposed by Collier J. in *The Sun Diamond*, at pp. 139-40:

At some stage before the evidence had been completed, I met with counsel and discussed with them the use to be made of the assessors at this trial. I suggested there be changes made from what seems to have been the customary practice in the Trial Division of this Court, and in the Admiralty Side of its predecessor, the Exchequer Court of Canada. I proposed that counsel, at the conclusion of the evidence and before argument, should draft what I termed “formal” questions which they felt ought to be submitted for answer or opinion by the assessors. I would also prepare questions, if I thought them necessary or desirable, to be put to the assessors. Submissions would then be heard as to the propriety and desirability, or otherwise, of the various proposed questions, as well as to their content. The trial Judge (myself) would, of course, be the ultimate arbiter as to what questions, if any, would be put, and as to their form and content.

All this was to be done before argument so that counsel (if they saw fit) could, in the course of argument, make representations as to the answers or opinions that ought to be given. The formal questions and the answers would then be set out in the reasons for judgment. It was implicit in the arrangement made that the time-honoured rule would apply: the Court is not bound in any way to accept or act upon the answers or opinions given; it

une version atténuée de la vieille règle d’amirauté qui consiste à nommer des assesseurs pour assister le juge en ce qui concerne les constatations de fait et les opinions liées aux faits. Cette option resterait possible sous réserve des précautions à prendre pour ne pas violer les principes de justice naturelle.

Cela m’amène au troisième défaut de la présente règle — le fait qu’elle ne permet pas la divulgation aux parties de ce qui se passe entre le juge et l’assesseur. Cette divulgation peut ne pas être nécessaire lorsque l’assesseur ne fait qu’aider le juge à comprendre des éléments de preuve techniques, en particulier si un expert a témoigné sur le point en cause. Lorsque les assesseurs risquent des opinions sur des questions de fait en litige entre les parties, toutefois, la justice naturelle exige davantage. Il se peut qu’il soit nécessaire d’exiger la divulgation des questions posées par le juge aux assesseurs ainsi que leurs réponses, comme le propose le juge Collier dans l’affaire *Le Sun Diamond*, aux pp. 139 et 140:

À un moment donné, avant la fin des dépositions, j’ai rencontré les avocats et j’ai discuté avec eux du rôle des assesseurs en l’espèce. J’ai suggéré de modifier ce qui semble avoir été la façon de procéder habituelle de la division de première instance de cette Cour et de la division de l’Amirauté de la Cour de l’Échiquier qui a précédé la Cour susdite. J’ai proposé aux avocats, à la fin des témoignages et avant leurs plaidoyers oraux, de rédiger des questions que j’ai qualifiées de «formelles», qui, à leur avis, devraient être présentées aux assesseurs afin d’obtenir leur réponse ou leur opinion. Je devais moi-même formuler des questions que l’on poserait aux assesseurs au besoin et si cela semblait souhaitable. Les avocats pourraient ensuite présenter leurs arguments concernant l’à-propos et la pertinence ou d’autres aspects des diverses questions envisagées, de même que leur contenu. Le juge de première instance (moi-même) devait, bien sûr, être l’arbitre jouissant du droit de décider quelles questions, s’il y a lieu, seraient posées et quelle serait leur formulation et leur contenu.

Tout ce processus devait se dérouler avant les plaidoyers oraux de façon à ce que les avocats (s’ils l’estimaient à propos) pussent, dans leurs plaidoyers oraux, présenter leurs observations relatives aux réponses et aux opinions qu’il fallait recevoir. Les questions formelles et les réponses devaient ensuite être énoncées dans les motifs du jugement. L’entente stipulait implicitement que la règle consacrée devait s’appliquer: la

must make up its own mind, including decisions on matters of navigation, seamanship, and nautical skill.

When the evidence in this trial had been completed, there was a further discussion in respect of the above arrangement. I indicated, for myself, I had no proposed questions to put to the assessors, but I invited counsel to submit for discussion any questions they might have. Both counsel advised they did not intend to suggest any questions.

I, therefore, did not, at any time, seek opinions or formal advice from the two captains.

36 This, as I conceive it, is the modern conception of how assessors may aid a trial judge. There is no longer any justification for assessors to advise judges on matters of fact without disclosure to, and opportunity for comment by, the parties. Nor is there justification for preventing the parties from calling expert witnesses. The case for reform of the rule on both counts is strong.

37 Finally, this leads to the fourth reason for amending the rule: excluding expert evidence when an assessor assists the judge may create the impression that it is the assessor, and not the judge, who is deciding important questions of fact. (See, for example, Lord Sumner's discussion of the problem in *The Australia*, *supra*, at pp. 151-53.) Allowing expert evidence and providing transparency in the interaction between judge and assessor works to ensure that the judge does not abdicate his or her role in favour of the assessor.

38 It remains to consider whether abolishing the prohibition on expert evidence will have adverse and unforeseeable consequences, such that its reform is better left to Parliament, as was the case in *Winnipeg Child and Family Services*, *supra*. The answer is no. The prohibition is an anachronism. The rule, as noted, was abandoned in England under the new *Civil Evidence Act* of 1972. In Canada, it has been replaced in non-admiralty jurisdictions by a procedure conforming to modern

Cour n'est pas tenue en aucune façon de faire siennes les réponses ou les opinions données ni de leur donner suite; elle doit prendre la décision toute seule, même sur les questions de navigation, de manœuvre et d'habileté nautique.

Lorsque les dépositions en l'espèce ont été achevées, un autre débat a eu lieu portant sur l'entente susdite. Moi-même, j'ai fait savoir que je ne me proposais pas de poser de questions aux assesseurs, mais j'ai invité les avocats à soumettre à la discussion les questions qu'ils voulaient poser. Les deux avocats ont affirmé qu'ils n'avaient pas l'intention de suggérer de questions.

Par conséquent, je n'ai en aucun moment demandé aux deux capitaines leur opinion ou leur avis formel.

Voilà, selon moi, comment il faut concevoir de nos jours la mission des assesseurs auprès du juge de première instance. Rien ne justifie plus que les assesseurs émettent des avis à l'intention du juge sur des questions relatives à la faute sans que leur teneur soit divulguée aux parties ni que celles-ci aient la possibilité de faire des observations. Rien ne justifie non plus que l'on empêche les parties de citer des témoins experts. Les arguments en faveur de la modification de la règle sont convaincants dans les deux cas.

Enfin, cela m'amène à la quatrième raison qui justifie la modification de la règle: l'exclusion du témoignage d'experts lorsqu'un assesseur assiste le juge peut donner l'impression que c'est l'assesseur et non le juge qui tranche les questions de fait importantes. (Voir, par exemple, les propos de lord Sumner sur ce problème dans l'arrêt *The Australia*, précité, aux pp. 151 à 153.) L'admission du témoignage d'experts et la transparence des échanges entre le juge et l'assesseur permettent de garantir que le juge ne cédera pas son rôle à l'assesseur.

Il reste à examiner si l'abolition de l'interdiction frappant le témoignage d'experts aura des conséquences néfastes et imprévisibles telles qu'il serait préférable de laisser au législateur la tâche de la modifier, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg*, précité. La réponse est négative. Cette interdiction est un anachronisme. La règle, comme il a été mentionné, a été abandonnée en Angleterre sous le régime de la *Civil Evidence Act* de 1972. Au

concepts of justice; assessors may be appointed to assist judges in understanding technical matters but they do not function to decide the issues between the parties and their appointment does not preclude expert evidence. These models permit us to predict that the proposed changes would function efficiently and would not introduce new, unforeseeable problems.

To replace the old anachronistic rule at Admiralty by its more modern counterpart is only to bring admiralty practice into harmony with practices elsewhere and the needs of the modern judicial process. The rule is, moreover, a procedural rule, fashioned by judges of a long-ago era for long-ago times. It is open to judges of the modern era to adapt the procedure to meet the needs of modern times. Finally, the change is hardly radical; the rule can be adapted in a way which preserves its basic function — the provision of expert assistance to the judge — while eliminating ancillary features that conflict with the modern trial process.

I conclude that the old admiralty rule appointing assessors to assist the judge in making findings of fault to the exclusion of expert evidence should be revised. First, assessors should be permitted to assist judges in understanding technical evidence. Second, assessors may go further and advise the judge on matters of fact in dispute between the parties, but only on condition of disclosure and a right of response sufficient to comply with the requirements of natural justice. In all cases, the parties are entitled to call expert evidence subject to the limits and procedures set out in the *Evidence Act* and the rules of practice. I state these propositions as general guidelines, aware that it may be necessary or useful for the judge in a particular case, upon consultation with the parties, to vary how assessors are used and what procedures should be followed, depending on the nature of the trial and the issues to be determined. The essential

Canada, elle a été remplacée dans les domaines de compétence autres que l'amirauté par une procédure en accord avec les concepts modernes de la justice; des assesseurs peuvent être nommés pour aider les juges à comprendre les questions techniques, mais ils ne tranchent pas les questions opposant les parties, et leur nomination n'empêche pas le témoignage d'experts. Ces modèles nous permettent de prédire que les modifications proposées fonctionneraient efficacement et n'engendreraient pas de nouveaux problèmes imprévisibles.

Remplacer la vieille règle anachronique en matière d'amirauté par son pendant plus moderne c'est simplement harmoniser la pratique en matière d'amirauté avec les pratiques suivies ailleurs et l'adopter aux nécessités du processus judiciaire moderne. Au surplus, il s'agit d'une règle de procédure, conçue par les juges d'une époque révolue pour des temps révolus. Les juges de l'ère moderne peuvent adapter la procédure pour qu'elle réponde aux exigences des temps modernes. Enfin, la modification n'est guère radicale; la règle peut être adaptée de façon à lui laisser sa fonction fondamentale — fournir au juge l'assistance d'experts — tout en éliminant les caractéristiques accessoires incompatibles avec le procès moderne.

Je conclus que la vieille règle d'amirauté qui consiste à nommer des assesseurs pour aider le juge à tirer des conclusions relativement à la faute et à exclure tout témoignage d'experts devrait être révisée. Premièrement, les assesseurs devraient être autorisés à aider les juges à comprendre les éléments de preuve techniques. Deuxièmement, les assesseurs peuvent faire davantage et conseiller le juge sur des questions de fait opposant les parties, mais à la condition seulement que leurs avis soient divulgués et qu'un droit de réplique suffisant soit prévu conformément aux exigences de la justice naturelle. Dans tous les cas, les parties ont le droit de citer des experts sous réserve des limites et des règles de procédure fixées par la *Loi sur la preuve au Canada* et les règles de pratique. Je formule ces propositions à titre de lignes directrices générales, sachant qu'il peut être nécessaire ou utile que, dans un cas particulier, en consultation avec les parties,

is that the principles of natural justice that protect a fair trial should in all cases be preserved.

Application of the Law to the Case at Bar

41 The trial judge, bound as she was by *The Telendos*, declined to hear expert evidence and made no disclosure of the questions she asked the assessors and the responses she received. The result was a trial that violated the principles of natural justice. The violations may have affected the outcome. For example, on the critical finding as to how the MV *Beograd* was navigating prior to the collision, the trial judge notes, after reviewing the defendant's evidence: "This was not contradicted by any evidence presented by the plaintiffs" (p. 137). As MacGuigan J.A. points out, the reason that the appellant did not present any contradictory evidence was that it was prevented from doing so by the application of *The Telendos* rule. It follows that the appellant is entitled to a new trial.

42 I would allow the appeal and order a new trial. The appellant is entitled to costs of the appeal in this Court and in the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Sproule, Castonguay, Pollack, Montréal.

Solicitors for the respondents: Langlois Robert, Québec.

le juge modifie la mission des assesseurs et la procédure à suivre, en fonction de la nature du procès et des questions à trancher. L'essentiel est que les principes de justice naturelle qui protègent la tenue d'un procès équitable soient sauvegardés dans tous les cas.

Application du droit à l'espèce

Le juge de première instance, liée par l'affaire *Le Telendos*, a refusé d'entendre le témoignage d'experts et n'a pas divulgué les questions qu'elle a posées aux assesseurs ni les réponses qu'elle en a reçues. Il en a résulté un procès qui violait les principes de justice naturelle. Ces violations peuvent avoir influé sur l'issue du procès. Par exemple, au sujet de la conclusion décisive quant à la façon dont le NM *Beograd* naviguait avant l'abordage, le juge de première instance note, après examen du témoignage du défendeur: «Cette affirmation n'a été contredite par aucun élément de preuve produit par la demanderesse» (p. 137). Comme le signale le juge MacGuigan, la raison pour laquelle l'appelante n'a présenté aucun élément de preuve contradictoire est qu'elle a été empêchée de le faire par l'application de la règle énoncée dans l'affaire *Le Telendos*. Il s'ensuit que l'appelante a droit à un nouveau procès.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès. L'appelante a droit aux dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Sproule, Castonguay, Pollack, Montréal.

Procureurs des intimés: Langlois Robert, Québec.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Public inquiry — Jurisdiction — Notices of possible findings of misconduct — Whether Commission had jurisdiction to make findings of misconduct — Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, ss. 2, 6, 12, 13.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM), 440.

BANKRUPTCY

Property of bankrupt — Salary, wages or other remuneration — Undischarged bankrupt bringing action for wrongful dismissal — Whether damages for wrongful dismissal included in “salary, wages or other remuneration” — Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 68(1).

WALLACE V. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

CIVIL PROCEDURE

1. Remedies — Stay of proceedings — Meeting between government official and chief justice causing damage to appearance of judicial independence — Whether stay of proceedings appropriate remedy.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. TOBIASS, 391.

2. Wrongful dismissal — Undischarged bankrupt seeking damages for wrongful dismissal — Whether undischarged bankrupt can bring action for wrongful dismissal in his own name.

WALLACE V. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

3. Appeal — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — No damages awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — Whether Court of Appeal erred in not permitting employee to introduce evidence at appeal hearing in respect of damages between trial and appeal — Whether Court of Appeal erred in not requesting parties to submit additional argument on that issue — Whether Court of Appeal

CIVIL PROCEDURE—Concluded

erred in not remanding issue of damages to Superior Court — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 523.

GODBOUT V. LONGUEUIL (CITY), 844.

CIVIL RIGHTS

Right to privacy — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether right to choose where to establish one's home falls within scope of right to privacy — Whether residence requirement infringes employee's right to privacy — If so, whether infringement justifiable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1.

GODBOUT V. LONGUEUIL (CITY), 844.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Judicial independence — Whether express provisions in Constitution exhaustive written code for protection of judicial independence — True source of judicial independence — Whether judicial independence extends to Provincial Court judges — Constitution Act, 1867, preamble, ss. 96 to 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

2. Judicial independence — Components of institutional financial security — Constitution Act, 1867, s. 100 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

3. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Institutional financial security — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

4. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Provincial legislation providing that Lieutenant Governor in Council “may” set judicial salaries — Whether legislation infringes judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

5. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Individual financial security — Discretionary benefits — Provincial legislation conferring on Lieutenant Governor in Council discretion to grant leaves of absence due to illness and sabbatical leaves — Whether legislation infringes judicial independence — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 12(2), 13.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

6. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Salary negotiations — Whether provincial government violated judicial independence of Provincial Court by attempting to engage in salary negotiations with Provincial Judges Association — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

7. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Closure of Provincial Court — Whether closure of Provincial Court by provincial government for several days infringed judicial independence — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 4.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

8. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Provincial Court located in same building as certain departments which are part of executive — Provincial Court judges not administering their own budget — Designation of place of residence of Provincial Court judges — Attorney General opposing funding for judges to intervene in court case — Lieutenant Governor in Council

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

having power to make regulations respecting duties and powers of Chief Judge and respecting rules of courts — Whether these matters undermine administrative independence of Provincial Court — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, ss. 4, 17.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

9. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — Provincial Courts — Administrative independence — Place of residence — Sittings of court — Provincial legislation authorizing Attorney General to designate judges’ place of residence and court’s sitting days — Whether legislation infringes upon administrative independence of Provincial Court — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 13(1)(a), (b).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

10. Distribution of legislative powers — Environmental protection — Federal legislation empowering Ministers to determine what substances are toxic and to prohibit introduction of such substances into environment except in accordance with specified terms and conditions — Whether federal legislation valid — Whether legislation falls within Parliament’s jurisdiction to make laws for peace, order and good government of Canada — Whether legislation falls within Parliament’s criminal law jurisdiction — Canadian Environmental Protection Act, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), ss. 3 “environment”, “substance”, 11, 34, 35 — Chlorobiphenyls Interim Order, P.C. 1989-296, s. 6(a) — Constitution Act, 1867, ss. 91 preamble, 91(27).

R. V. HYDRO-QUÉBEC, 213.

11. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Car stopped for speeding — Officer looking for car’s documentation and questioning passenger — Stolen goods contained in garbage bags found in car — Driver and passenger charged with possession of stolen goods — Whether the driver and the passenger had reasonable expectation of privacy engaged by the search and seizure — If so, whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. BELNAVIS, 341.

12. Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of association — Provincial referendum legislation — Spending — Referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable —

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

LIBMAN V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 569.

13. Charter of Rights — Equality rights — Physical disability — Publicly funded medicare — Medicare not providing for sign language interpreters — Whether, and in what manner, the Charter applies to the decision not to provide sign language interpreters for the deaf as part of the publicly funded scheme for the provision of medical care — Whether not providing for this service under Acts establishing medicare and hospitalization infringing s. 15(1) equality rights of disabled — If so, whether legislation saved under s. 1 — Appropriate remedy if Charter violation found — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, c. 180 (now R.S.B.C. 1996, c. 204), ss. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29(b) — Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, c. 76 (now the Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286), ss. 1, 4(1)(c), (j), 6, 8.

ELDRIDGE V. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 624.

14. Charter of Rights — Search and seizure — Admissibility of evidence — Telephone conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. V. SOLOMON, 696.

15. Charter of Rights — Trial within reasonable time — Delay not occasioned by scarcity of judicial resources — Whether stay of proceedings appropriate.

R. V. ALLEN, 700.

16. Charter of Rights — Fundamental justice — Appeal from acquittal — Criminal Code permitting court of appeal to substitute guilty verdict for acquittal on trial by judge sitting alone but not on trial by judge and jury — Criminal Code provision not violating s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

R. V. SKALBANIA, 995.

17. Aboriginal rights — Aboriginal land title — Claim made for large tract — Content of aboriginal title — How aboriginal title protected by s. 35(1) of Constitution Act, 1982 — What required to prove aboriginal title — Whether claim to self-government made out — Whether province could extinguish aboriginal rights after 1871, either under own jurisdiction or through the operation of s. 88 of the Indian Act (incorporating provincial laws of general application by reference) — Constitution Act, 1982, s. 35(1) — Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 88.

DELGAMUUKW V. BRITISH COLUMBIA, 1010.

18. Aboriginal rights — Aboriginal land title — Evidence — Oral history and native law and tradition — Weight to be given

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

evidence — Ability of Court to interfere with trial judge's factual findings.

DELGAMUUKW V. BRITISH COLUMBIA, 1010.

COURTS

1. Judicial independence — Provincial Courts — Changes or freezes to judicial remuneration — Provincial governments and legislatures reducing salaries of Provincial Court judges as part of overall economic measure — Whether reduction constitutional — Procedure to be followed to change or freeze judicial remuneration — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Public Sector Reduced Work Week and Compensation Management Act, S.M. 1993, c. 21, s. 9(1).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

2. Judicial independence — Provincial Courts — Salary negotiations — Provincial legislation permitting negotiations "between a public sector employer and employees" — Whether negotiation provisions applicable to Provincial Court judges — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, c. 51, s. 12(1).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

3. Constitutionality of legislation — Notice to Attorney General — Constitutionality of provincial legislation not raised by counsel — Superior court judge proceeding on his own initiative without giving required notice to Attorney General — Whether superior court judge erred in considering constitutionality of legislation.

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

4. Jurisdiction — Appeals — Federal Court of Appeal — Federal Court Trial Division staying citizenship revocation proceedings — Whether stay of proceedings a decision made under s. 18(1) of Citizenship Act — Whether decision to stay proceedings can be appealed to Federal Court of Appeal — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18(1), (3) — Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. TOBIASS, 391.

5. Judges — Judicial independence — Government official meeting with Chief Justice of Federal Court to express concern about slow progress of citizenship revocation proceedings — Whether meeting between government official and chief justice

COURTS—Concluded

interfered with judicial independence — If so, whether stay of proceedings appropriate remedy.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. TOBIASS, 391.

6. Judges — Impartiality — Reasonable apprehension of bias — Testimony of the only two witnesses (accused and police officer) at odds and that of accused accepted — Police officer white and accused a black youth — Oral reasons making reference to police and racism in general context — Youth Court Judge's comments not tied to officer appearing before the Court — Whether reasonable apprehension of bias.

R. v. S. (R.D.), 484.

7. Jurisdiction — *Parens patriae* — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether *parens patriae* jurisdiction should be extended to protect unborn child — Whether appropriate for court to change law of *parens patriae*.

WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES (NORTHWEST AREA) V. G. (D.F.), 925.

8. Procedure — Land claims — Aboriginal title and self-government — Claim altered but no formal amendments to pleadings made — Whether pleadings precluded the Court from entertaining claims.

DELGAMUUKW V. BRITISH COLUMBIA, 1010.

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Prohibition — Three accused challenging constitutionality of their trials before Provincial Court arguing that court not an independent and impartial tribunal — Accused seeking various remedies including prohibition in superior court — Superior court judge making declarations striking down numerous provisions found in provincial legislation and regulations — Superior court judge concluding that declarations removed source of unconstitutionality and ordering trials of accused to proceed or to continue — Court of Appeal dismissing Crown's appeals for want of jurisdiction — Whether s. 784(1) of Criminal Code limited to appeals by unsuccessful parties — Whether declarations prohibitory in nature and within scope of s. 784(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 784(1).

REFERENCE RE REMUNERATION OF JUDGES OF THE PROVINCIAL COURT (P.E.I.), 3.

2. Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge must provide jury with explanation of "reasonable doubt" — If so,

CRIMINAL LAW—Continued

how concept should be explained to jury — Suggested charge on "reasonable doubt".

R. v. LIFCHUS, 320.

3. Charge to jury — Reasonable doubt — Whether trial judge misdirected jury on meaning of reasonable doubt — If so, whether curative proviso applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. LIFCHUS, 320.

4. Evidence — Rebuttal evidence — Trial judge properly exercised his discretion in permitting rebuttal evidence — Curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of Criminal Code applicable if part of rebuttal evidence improperly admitted.

R. v. LAWES, 694.

5. Evidence — Telephone conversation — Admissibility — Telephone conversation not hearsay and therefore admissible.

R. v. LY, 698.

6. Appeals — Questions of law — Appeal raising issue of what *mens rea* suffices to establish guilt for offence of misappropriation of money held under direction — Court of Appeal having jurisdiction to entertain appeal since issue raised was a question of law not of fact.

R. v. SKALBANIA, 995.

7. Theft — Misappropriation of money held under direction — *Mens rea* — Intentional misappropriation, without mistake, sufficing to establish *mens rea* of offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 332(1).

R. v. SKALBANIA, 995.

8. Sentencing — New judge sentencing accused because trial judge had retired before Court of Appeal's decision substituting conviction for accused's acquittal — No merit to accused's submission that he was entitled to be sentenced by judge who presided at trial.

R. v. SKALBANIA, 995.

9. Evidence — Prior inconsistent statements — Sexual assault — Child's testimony at trial inconsistent with her prior statements — Reliability of child's prior statements — Court of Appeal's judgment affirmed.

R. v. LABRECQUE, 1001.

10. Evidence — First degree murder — Planning and deliberation — Court of Appeal not erring in upholding jury charge on evidence of planning and deliberation.

R. v. BABLITZ, 1005.

CRIMINAL LAW—Concluded

11. Evidence — Cross-examination of accused — Prior convictions.

R. V. CHARLAND, 1006.

12. Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Motion to quash appeal granted.

R. V. KUDMANI, 1142.

13. Videotape evidence — Children — Videotape made of child-complainant's testimony shortly after alleged crime and admitted into evidence on adoption by child — Requirements for the admissibility of a videotaped statement under s. 715.1 of the Criminal Code — Whether voir dire necessary — Effect of inconsistencies between child's viva voce evidence and videotaped statement — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

R. V. F. (C.C.), 1183.

ELECTIONS

Referendum — Spending — Freedoms of expression and association — Provincial referendum legislation placing restrictions on spending permitted during referendum campaign — Spending by individuals or groups not wishing to or unable to join or affiliate themselves with one of national committees limited to unregulated expenses provided for in legislation — Whether legislation infringes freedoms of expression and association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), (d) — Referendum Act, R.S.Q., c. C-64.1, ss. 402, 403, 404, 406 para. 3, 413, 414, 416, 417 of Appendix 2.

LIBMAN V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 569.

EMPLOYMENT LAW

Wrongful dismissal — Employee summarily discharged seeking damages for wrongful dismissal — Trial judge awarding employee damages based on 24-month notice period and aggravated damages — Whether Court of Appeal erred in reducing reasonable notice period to 15 months — Whether Court of Appeal erred in overturning aggravated damages award — Whether action can be brought for “bad faith discharge” — Whether employee entitled to punitive damages.

WALLACE V. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

FAMILYLAW

Custody — Restrictions — Religious activities — Jehovah's Witness — Interest of child — Access rights.

S. (L.) V. S. (C.), 1003.

JUDGMENTS AND ORDERS

1. Provisions of Citizenship Act found to be unconstitutional — Judgment as to effect of reasons — Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(c), 5(2)(b), 12(3), 19, 20, 22 — Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400, s. 20.

BENNER V. CANADA (SECRETARY OF STATE), 389.

2. Rectificatory judgment — Damages — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — Court of Appeal's reasons indicating that no damages were awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — No holding to that effect in formal judgment — Whether Court of Appeal erred in issuing rectificatory judgment.

GODBOUT V. LONGUEUIL (CITY), 844.

3. Suspension of judgment — Operation of judgment relating to requirement of warrant to effect an arrest in a dwelling suspended for 6 months from date of original judgment — Stay of judgment extended.

R. V. FEENEY (ORDER), 1008.

LIMITATION OF ACTIONS

Motor vehicles — Torts — Discoverability — Plaintiffs commencing action against defendant more than three years after motor vehicle accident — Whether discoverability principle applies to postpone commencement of two-year limitation period — Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8, s. 206(1) — Insurance Act, R.S.O. 1990, c. I.8, s. 266(1).

PEIXEIRO V. HABERMAN, 549.

MARITIME LAW

Procedure — Expert evidence — Assessors — Insurer bringing action against owners of ship involved in collision — Trial judge refusing to permit expert evidence because assessors had

MARITIME LAW—Concluded

been appointed to assist her — Whether rule against expert evidence where judge sits with assessors in admiralty cases violates audi alteram partem principle — Whether rule should be revised.

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS V. BELCAN S.A., 1278.

MUNICIPAL LAW

Resolution — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether municipal resolution valid — Whether residence requirement infringing “right to privacy” in Quebec Charter and “right to liberty” in Canadian Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

GODBOUT V. LONGUEUIL (CITY), 844.

PUBLIC INQUIRIES

Jurisdiction — Notices of potential findings of misconduct — Whether notices unfair.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY ON THE BLOOD SYSTEM), 440.

TORTS

1. Negligence — Duty of care — Mother and unborn child — Pregnant mother addicted to glue sniffing — Superior court judge ordering detention and treatment of mother to prevent harm to unborn child — Whether law of tort should be extended to permit order — Whether appropriate for court to change law of tort.

WINNIPEG CHILD AND FAMILY SERVICES (NORTHWEST AREA) V. G. (D.F.), 925.

2. Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to remove rocks from cliff face — Contractor performing work negligently, leaving rocks protruding from cliff face — Driver fatally injured when one of rocks fell from cliff face and crashed through his windshield — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

LEWIS (GUARDIAN *ad litem* OF) V. BRITISH COLUMBIA, 1145.

3. Negligence — Highways — Crown liability — Provincial ministry engaging independent contractor to perform road maintenance work — Driver injured after block of ice fell on highway — Contractor negligent in failing to remove overhanging ice block or

TORTS—Concluded

failing to clear ditch — Whether provincial ministry absolved from liability for contractor's negligence.

MOCHINSKI V. TRENDLINE INDUSTRIES LTD., 1176.

4. Duty to warn — Manufacturer and supplier — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether shipbuilder and system manufacturer had duty to warn rig owner of inflammability of product used in system — Whether shipbuilder's duty to warn excluded by its contract with rig owner — Whether manufacturer entitled to rely on learned intermediary defence.

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. V. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

5. Causation — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether failure to warn rig owner of inflammability of product used in heat trace system caused loss.

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. V. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

6. Contractual relational economic loss — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Whether companies leasing rig can recover economic loss resulting from shutdown of rig for repairs.

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. V. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

7. Contributory negligence — Fire on oil drilling rig causing major damage requiring extensive repairs — Fire started by arcing in heat trace system — Whether rig owner's contributory negligence in operating heat trace system without ground fault circuit breaker system bars its claims — Whether maritime contributory negligence bar should be eliminated.

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. V. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

TRUSTS AND TRUSTEES

1. Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Customer giving bank loan guarantee supported by collateral mortgage on trust property — Whether bank knowingly assisted in breach of trust — Whether bank liable for knowing receipt of trust property — Whether bank received trust property for its own use and benefit — Whether bank in breach of its duty to inquire.

GOLD V. ROSENBERG, 767.

2. Breach of trust — Liability of strangers to trust — Knowing assistance — Knowing receipt — Insurance agent depositing premiums collected on insurer's behalf into bank account — Bank

TRUSTS AND TRUSTEES—Concluded

transferring funds to account of insurance agent's parent company to reduce overdraft — Whether bank liable for breach of trust on basis of knowing assistance or knowing receipt.

CITADEL GENERAL ASSURANCE CO. V. LLOYDS BANK CANADA, 805.

INDEX

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Enquête publique — Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Le commissaire avait-il compétence pour conclure à l'existence d'une faute? — Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 2, 6, 12, 13.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME D'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA), 440.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Indépendance de la magistrature — Les dispositions expresses de la Constitution codifient-elles de façon exhaustive la protection de l'indépendance de la magistrature? — Source véritable de l'indépendance de la magistrature — Les juges de cour provinciale jouissent-ils de l'indépendance judiciaire? — Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 96 à 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

2. Indépendance de la magistrature — Éléments de la sécurité financière institutionnelle — Loi constitutionnelle de 1867, art. 100 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

3. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière institutionnelle — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

4. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Loi provinciale prévoyant que le lieutenant-gouverneur en conseil «peut» fixer les salaires des juges — Cette loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

5. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Sécurité financière individuelle — Avantages discrétionnaires — Loi provinciale conférant au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire d'accorder des congés de maladie et des congés sabbatiques — La loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 12(2), 13.

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

6. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Négociations salariales — Le gouvernement provincial a-t-il violé l'indépendance de la Cour provinciale en tentant d'entamer des négociations salariales avec l'association des juges de cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

7. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Fermeture de la Cour provinciale — La fermeture de la Cour provinciale pendant plusieurs jours par le gouvernement provincial a-t-elle porté atteinte à l'indépendance de la magistrature? — Si oui, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 4.

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

8. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Cour provinciale située dans le même édifice que certains services faisant partie du pouvoir exécutif — Juges de la Cour provinciale

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

n'administrant pas leur propre budget — Désignation du lieu de résidence des juges de la Cour provinciale — Refus du procureur général de financer l'intervention des juges à l'instance — Pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil de prendre des règlements concernant les attributions du juge en chef et les règles de pratique — Ces questions ont-elles pour effet de diminuer l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 4, 17.

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (I.-P.-É), 3.

9. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cours provinciales — Indépendance administrative — Lieu de résidence — Séances de la cour — Loi provinciale autorisant le procureur général à désigner le lieu de résidence des juges et à fixer les jours de séance de la cour — Cette loi porte-t-elle atteinte à l'indépendance administrative de la Cour provinciale? — Si oui, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Judges Court Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 13(1a), b).

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (I.-P.-É), 3.

10. Partage des compétences législatives — Protection de l'environnement — Loi fédérale habilitant des ministres à déterminer quelles substances sont toxiques et à interdire le rejet de ces substances dans l'environnement à moins que certaines conditions particulières soient respectées — La loi fédérale est-elle valide? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada? — Relève-t-elle de la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), art. 3 «environnement», «substance», 11, 34, 35 — Arrêté d'urgence sur les biphényles chlorés, C.P. 1989-296, art. 6a) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91 (préambule), 91(27).

R. C. HYDRO-QUÉBEC, 213.

11. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Voiture interceptée pour excès de vitesse — Policier cherchant les documents concernant le véhicule et interrogeant la passagère — Découverte dans la voiture de sacs à déchets contenant des biens volés — Conductrice et passagère accusées de possession de biens volés — La conductrice et la passagère avaient-elles une attente raisonnable en matière de vie privée sur laquelle la fouille et la saisie ont empiété? — Dans l'affirmative, les éléments de preuve recueillis devraient-ils être écartés en vertu de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. BELNAVIS, 341.

12. Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire —

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

Dépenses — Loi sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limités à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

LIBMAN C. QUÉBEC (PROCEURER GÉNÉRAL), 569.

13. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience physique — Soins de santé financés sur les deniers publics — Services d'interprétation gestuelle non couverts par le régime d'assurance-maladie — La Charte s'applique-t-elle à la décision de ne pas fournir des services d'interprétation gestuelle dans le cadre du régime public de soins de santé et, dans l'affirmative, de quelle manière s'y applique-t-elle? — Le fait de ne pas fournir de tels services en vertu de lois établissant des régimes de soins de santé et d'hospitalisation porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité garantis par l'art. 15(1) aux personnes handicapées? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée conformément à l'article premier? — Si une atteinte à la Charte est constatée, quelle est la réparation convenable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Hospital Insurance Act, R.S.B.C. 1979, ch. 180 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 204), art. 3(1), 5(1), 9, 10(1), 29b) — Medical and Health Care Services Act, S.B.C. 1992, ch. 76 (maintenant Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286), art. 1, 4(1)c), j), 6, 8.

ELDRIDGE C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCEURER GÉNÉRAL), 624.

14. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Admissibilité de la preuve — Conversations téléphoniques — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. SOLOMON, 696.

15. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai non causé par une pénurie de ressources judiciaires — L'arrêt des procédures est-il une réparation convenable?

R. C. ALLEN, 700.

16. Charte des droits — Justice fondamentale — Appel contre un acquittement — Code criminel permettant à une cour d'appel de substituer un verdict de culpabilité à l'acquittement prononcé à la suite d'un procès devant un juge seul, mais non à la suite d'un procès devant un juge et un jury — Disposition du Code criminel ne violant pas l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(4)b)(ii).

R. C. SKALBANIA, 995.

17. Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Revendication d'un vaste territoire — Contenu du titre aborigène

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

— Comment l'art. 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 protège-t-il le titre aborigène? — Quels sont les éléments de preuve requis pour établir le titre aborigène? — Le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a-t-il été établi? — La province pouvait-elle, après 1871, éteindre des droits ancestraux soit par l'exercice de sa propre compétence soit par l'effet de l'art. 88 de la Loi sur les Indiens (qui incorpore par renvoi les lois provinciales d'application générale)? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1) — Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 88.

DELGAMUUKW C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1010.

18. Droits ancestraux — Titre aborigène sur des terres — Preuve — Récits oraux et règles de droit et traditions autochtones — Poids à donner aux éléments de preuve — Pouvoir d'intervention de la Cour quant aux conclusions de fait du juge de première instance.

DELGAMUUKW C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1010.

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Prohibition — Trois accusés contestent la constitutionnalité de leur procès devant la Cour provinciale en faisant valoir que la cour n'est pas un tribunal indépendant et impartial — Diverses réparations, dont une ordonnance de prohibition, sollicitées par les accusés en cour supérieure — Déclarations invalidant plusieurs textes législatifs et réglementaires provinciaux prononcées par le juge de la cour supérieure qui a conclu que les jugements déclaratoires avaient éliminé la source de l'inconstitutionnalité et ordonné l'engagement ou la poursuite des procès des accusés — Rejet par la Cour d'appel des appels du ministère public pour cause d'absence de compétence — L'article 784(1) du Code criminel se limite-t-il aux appels formés par les parties ayant perdu? — Les déclarations équivalaient-elles à des prohibitions et, de ce fait, étaient-elles visées par l'art. 784(1)? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 784(1).

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (I.-P.-É), 3.

2. Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès doit-il donner au jury une explication de ce qu'est le «doute raisonnable»? — Dans l'affirmative, comment expliquer ce concept au jury? — Exposé proposé sur le «doute raisonnable».

R. C. LIFCHUS, 320.

3. Exposé au jury — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il donné une directive erronée sur le sens du doute raisonnable? — Dans l'affirmative, la disposition réparatrice est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. C. LIFCHUS, 320.

DROIT CRIMINEL—Suite

4. Preuve — Contre-preuve — Pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la présentation de la contre-preuve exercé régulièrement — Dispositions réparatrices de l'art. 686(1)(b)(iii) du Code criminel applicables si une partie de la contre-preuve a été admise irrégulièrement.

R. C. LAWES, 694.

5. Preuve — Conversation téléphonique — Admissibilité — La conversation téléphonique ne constituait pas du oui-dire et était donc admissible.

R. C. LY, 698.

6. Appels — Questions de droit — Appel soulevant la question de savoir quelle *mens rea* suffit pour établir la culpabilité quant à l'infraction de détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — Cour d'appel ayant compétence pour entendre l'appel vu que la question soulevée était une question de droit et non de fait.

R. C. SKALBANIA, 995.

7. Vol — Détournement de fonds détenus en vertu d'instructions — *Mens rea* — Détournement intentionnel, et non par erreur, suffisant pour établir la *mens rea* requise pour commettre l'infraction — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 332(1).

R. C. SKALBANIA, 995.

8. Détermination de la peine — Peine de l'accusé déterminée par un nouveau juge vu que le juge du procès avait pris sa retraite avant l'arrêt de la Cour d'appel substituant une déclaration de culpabilité à l'acquiescement de l'accusé — Argument de l'accusé selon lequel il avait droit à la détermination de sa peine par le juge qui a présidé le procès — Argument non fondé.

R. C. SKALBANIA, 995.

9. Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Agression sexuelle — Témoignage de l'enfant au procès incompatible avec ses déclarations antérieures — Fiabilité des déclarations antérieures de l'enfant — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

R. C. LABRECQUE, 1001.

10. Preuve — Meurtre au premier degré — Planification et caractère délibéré — La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en maintenant l'exposé au jury à propos de la preuve concernant la planification et le caractère délibéré.

R. C. BABLITZ, 1005.

11. Preuve — Contre-interrogatoire d'un accusé — Déclarations de culpabilité antérieures.

R. C. CHARLAND, 1006.

DROIT CRIMINEL—Fin

12. Appels à la Cour suprême du Canada — Appel de plein droit — Requête en annulation d'appel accordée.

R. C. KUDMANI, 1142.

13. Enregistrement magnétoscopique — Enfants — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de l'enfant plaignant réalisé peu de temps après le crime reproché et admis en preuve après sa confirmation par celle-ci — Conditions d'admissibilité des déclarations enregistrées sur bande magnétoscopique visées à l'art. 715.1 du Code criminel — Un voir-dire était-il nécessaire? — Effet des incohérences entre le témoignage de vive voix d'un enfant et sa déclaration enregistrée sur bande magnétoscopique — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

R. C. F. (C.C.), 1183.

DROIT DE LA FAMILLE

Garde — Restrictions — Activités religieuses — Témoin de Jéhovah — Intérêt de l'enfant — Droits d'accès.

S. (L.) c. S. (C.), 1003.

DROIT MARITIME

Procédure — Témoignage d'experts — Assesseeurs — Action de l'assureur contre les propriétaires du navire impliqué dans l'abordage — Le juge de première instance a refusé d'autoriser le témoignage d'experts parce que des assesseeurs ont été nommés pour l'assister — La règle interdisant le témoignage d'experts lorsque le juge est assisté d'assesseeurs dans les affaires d'amirauté viole-t-elle le principe audi alteram partem? — La règle devrait-elle être modifiée?

PORTO SEGURO COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS C. BELCAN S.A., 1278.

DROIT MUNICIPAL

Résolution — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — La résolution est-elle valide? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au «droit au respect de [l]a vie privée» garanti par la Charte québécoise et au «droit à la liberté» garanti par la Charte canadienne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

GODBOUT C. LONGUEUIL (VILLE), 844.

ÉLECTIONS

Référendum — Dépenses — Libertés d'expression et d'association — Loi provinciale sur la consultation populaire imposant des restrictions aux dépenses permises pendant une campagne référendaire — Dépenses des individus ou groupes qui ne veulent ou ne peuvent pas s'associer ou s'affilier à l'un des comités nationaux limitées à celles non réglementées prévues par la loi — La loi porte-t-elle atteinte aux libertés d'expression et d'association? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), d) — Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., ch. C-64.1, art. 402, 403, 404, 406 al. 3, 413, 414, 416, 417 de l'appendice 2.

LIBMAN C. QUÉBEC (PROCURER GÉNÉRAL), 569.

EMPLOYEUR ET EMPLOYÉ

Congédiement injustifié — Employé congédié sommairement réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Juge de première instance accordant à l'employé des dommages-intérêts fondés sur un préavis de 24 mois et des dommages-intérêts majorés — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en réduisant à 15 mois la période de préavis raisonnable? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en écartant l'attribution de dommages-intérêts majorés? — Est-il possible d'intenter une action pour «renvoi de mauvaise foi»? — L'employé a-t-il droit à des dommages-intérêts punitifs?

WALLACE C. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

ENQUÊTES PUBLIQUES

Compétence — Préavis d'éventuelles conclusions faisant état d'une faute — Les préavis étaient-ils équitables?

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME D'APPROVISIONNEMENT EN SANG AU CANADA), 440.

FAILLITE

Biens d'un failli — Traitement, salaire ou autre rémunération — Action pour congédiement injustifié intentée par un failli non libéré — Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié constituent-ils un traitement, un salaire ou une autre rémunération? — Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 68(1).

WALLACE C. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

FIDUCIES ET FIDUCIAIRES

1. Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Client donnant à la banque une garantie d'emprunt assortie d'une hypothèque subsidiaire sur un bien en fiducie — La banque a-t-elle sciemment aidé à commettre un manquement à une obligation fiduciaire? — La banque est-elle responsable de réception en connaissance de cause de biens en fiducie? — La banque a-t-elle reçu les biens en fiducie à ses propres usage et profit? — La banque a-t-elle manqué à son devoir de demander des renseignements?

GOLD C. ROSENBERG, 767.

2. Manquement à une obligation fiduciaire — Responsabilité des tiers à la fiducie — Aide apportée en connaissance de cause — Réception en connaissance de cause — Agent d'assurances déposant dans un compte bancaire les primes perçues au nom de l'assureur — Banque transférant des fonds au compte de la compagnie mère de l'agent d'assurances pour réduire un découvert — La banque est-elle responsable du manquement à une obligation fiduciaire pour l'aide apportée en connaissance de cause ou pour la réception en connaissance de cause?

CITADELLE (LA), CIE D'ASSURANCES GÉNÉRALES C. BANQUE LLOYDS DU CANADA, 805.

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

1. Dispositions de la Loi sur la citoyenneté jugées inconstitutionnelles — Jugement concernant l'effet des motifs — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)c), 5(2)b), 12(3), 19, 20, 22 — Règlement sur la citoyenneté, C.R.C., ch. 400, art. 20.

BENNER C. CANADA (SECRÉTAIRE D'ÉTAT), 389.

2. Jugement rectificatif — Dommages-intérêts — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Motifs de la Cour d'appel indiquant qu'elle n'octroie pas de dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — Aucune conclusion à ce sujet dans le dispositif du jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rendant un jugement rectificatif?

GODBOUT C. LONGUEUIL (VILLE), 844.

3. Suspension de l'exécution du jugement — Suspension pour 6 mois à compter de la date du jugement initial de l'obligation d'obtenir un mandat pour effectuer une arrestation dans une maison d'habitation — Sursis d'exécution prorogé.

R. C. FEENEY (ORDONNANCE), 1008.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Droit au respect de la vie privée — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — Le droit de choisir le lieu de sa résidence est-il visé par le droit au respect de la vie privée? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au droit au respect de la vie privée des employés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1.

GODBOUT C. LONGUEUIL (VILLE), 844.

PRESCRIPTION

Véhicules automobiles — Responsabilité délictuelle — Possibilité de découvrir le dommage — Action des demandeurs contre le défendeur plus de trois ans après l'accident de la route — La règle de la possibilité de découvrir le dommage s'applique-t-elle de façon à reporter le commencement du délai de prescription de deux ans? — Code de la route, L.R.O. 1990, ch. H.8, art. 206(1) — Loi sur les assurances, L.R.O. 1990, ch. I.8, art. 266(1).

PEIXEIRO C. HABERMAN, 549.

PROCÉDURE CIVILE

1. Réparations — Suspension des procédures — La rencontre entre le fonctionnaire du gouvernement et le juge en chef a compromis l'impression d'indépendance que doit donner le pouvoir judiciaire — La suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TOBIASS, 391.

2. Congédiement injustifié — Failli non libéré réclamant des dommages-intérêts pour congédiement injustifié — Un failli non libéré peut-il intenter en son propre nom une action pour congédiement injustifié?

WALLACE C. UNITED GRAIN GROWERS LTD., 701.

3. Appel — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Aucuns dommages-intérêts octroyés pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne permettant pas à l'employée de présenter, au cours de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires à ce sujet? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne renvoyant pas la question

PROCÉDURE CIVILE—Fin

des dommages-intérêts à la Cour supérieure? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 523.

GODBOUT C. LONGUEUIL (VILLE), 844.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE

1. Négligence — Obligation de prudence — Mère et enfant à naître — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension du droit de la responsabilité délictuelle pour autoriser l'ordonnance? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle?

OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG (RÉGION DU NORD-OUEST) C. G. (D.F.), 925.

2. Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial engageant un entrepreneur indépendant pour retirer des roches d'une falaise — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en laissant des aspérités rocheuses — Conducteur atteint mortellement lorsque l'un de ces blocs de roc s'est détaché de la falaise et a défoncé le pare-brise de son véhicule — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

LEWIS (TUTRICE À L'INSTANCE DE) C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1145.

3. Négligence — Voies publiques — Responsabilité de l'État — Ministère provincial confiant l'entretien d'une route à un entrepreneur indépendant — Conducteur blessé à la suite de la chute d'un bloc de glace sur la route — Entrepreneur ayant fait preuve de négligence en n'enlevant pas un bloc de glace en surplomb ou en ne nettoyant pas le fossé — Le ministère provincial est-il exonéré de toute responsabilité découlant de la négligence de l'entrepreneur?

MOCHINSKI C. TRENDLINE INDUSTRIES LTD., 1176.

4. Obligation de mise en garde — Fabricant et fournisseur — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le constructeur naval et le fabricant du système étaient-ils tenus de prévenir le propriétaire de la plate-forme de l'inflammabilité du produit utilisé dans le système? — L'obligation de mise en garde du constructeur naval était-elle écartée en raison du contrat conclu avec le propriétaire de la plate-forme? — Le fabricant a-t-il le droit d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'intermédiaire compétent?

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. C. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE—Fin

5. Lien de causalité — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — Le défaut de mettre en garde le propriétaire de la plate-forme contre l'inflammabilité du produit utilisé dans le système de réchauffage des conduites a-t-il causé la perte?

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. C. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

6. Perte économique relationnelle découlant d'un contrat — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables qui ont nécessité des réparations importantes — Les sociétés qui ont loué la plate-forme peuvent-elles être indemnisées de la perte économique subie à la suite de l'arrêt d'exploitation de la plate-forme pendant les réparations?

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. C. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

7. Négligence contributive — Un incendie s'est déclaré à bord d'une plate-forme pétrolière et a causé des dommages considérables, qui ont nécessité des réparations importantes — La formation d'arcs électriques dans le système de réchauffage des conduites est à l'origine de l'incendie — La négligence contributive du propriétaire de la plate-forme qui a fait fonctionner le système de réchauffage des conduites sans disjoncteur de fuite à la terre constitue-t-elle une fin de non-recevoir à ses réclamations? — La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive en droit maritime devrait-elle être supprimée?

BOW VALLEY HUSKY (BERMUDA) LTD. C. SAINT JOHN SHIP-BUILDING LTD., 1210.

TRIBUNAUX

1. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Modification ou blocage des traitements des juges — Législatures et gouvernements provinciaux décrétant la réduction des traitements des juges des cours provinciales dans le cadre de mesures économiques générales — La réduction est-elle constitutionnelle? — Procédure à suivre pour modifier ou bloquer les traitements des juges — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Provincial Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 3(3) — Provincial Court Judges Act, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 17(1) — Payment to Provincial Judges Amendment Regulation, Alta. Reg. 116/94 — Loi sur la réduction de la semaine de travail et la gestion des salaires dans le secteur public, L.M. 1993, ch. 21, art. 9(1).

RENVOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (I.-P.-É), 3.

2. Indépendance de la magistrature — Cours provinciales — Négociations salariales — Loi provinciale permettant les négociations «entre un employeur du secteur public et ses employés» — Les dispositions concernant les négociations s'appliquent-elles aux

TRIBUNAUX—Suite

juges de la Cour provinciale? — Public Sector Pay Reduction Act, S.P.E.I. 1994, ch. 51, art. 12(1).

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

3. Constitutionnalité des lois — Avis au procureur général — Constitutionnalité de la loi provinciale non soulevée par les avocats — Juge de la cour supérieure agissant de sa propre initiative sans donner l'avis requis au procureur général — Le juge de la cour supérieure a-t-il commis une erreur en examinant la constitutionnalité de la loi?

RENOI RELATIF À LA RÉMUNÉRATION DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE (Î.-P.-É), 3.

4. Compétence — Appels — Cour d'appel fédérale — Section de première instance de la Cour fédérale suspendant des procédures en révocation de la citoyenneté — La suspension des procédures constituait-elle une décision visée à l'art. 18(1) de la Loi sur la citoyenneté? — La décision de suspendre les procédures peut-elle faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel fédérale? — Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18(1), (3) — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TOBIASS, 391.

5. Juges — Indépendance judiciaire — Rencontre d'un fonctionnaire du gouvernement avec le juge en chef de la Cour fédérale pour protester contre la lenteur des procédures en révocation de la citoyenneté — La rencontre a-t-elle porté atteinte à l'indépendance judiciaire? — Dans l'affirmative, la suspension des procédures était-elle une réparation convenable?

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. TOBIASS, 391.

TRIBUNAUX—Fin

6. Juges — Impartialité — Crainte raisonnable de partialité — Les témoignages des deux seuls témoins (l'accusé et un policier) différent et celui de l'accusé est accepté — Le policier est de race blanche et l'accusé est un jeune Noir — Des motifs prononcés oralement font référence aux policiers et au racisme dans un contexte général — Les remarques du juge du tribunal pour adolescents ne visent pas le policier qui a comparu devant la Cour — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité?

R. c. S. (R.D.), 484.

7. Compétence — *Parens patriae* — Mère enceinte souffrant de dépendance à l'égard des vapeurs de la colle — Ordonnance de détention et de traitement de la mère rendue par un juge de la cour supérieure afin d'empêcher qu'un préjudice ne soit infligé à l'enfant à naître — Y a-t-il lieu de procéder à une extension de la compétence *parens patriae* afin de protéger l'enfant à naître? — Est-il opportun pour une cour de modifier les règles de droit relatives à la compétence *parens patriae*?

OFFICE DES SERVICES À L'ENFANT ET À LA FAMILLE DE WINNIPEG (RÉGION DU NORD-OUEST) C. G. (D.F.), 925.

8. Procédure — Revendications territoriales — Titre aborigène et autonomie gouvernementale — Revendication modifiée mais sans modification formelle des actes de procédure — Les actes de procédure empêchent-ils la Cour d'entendre les revendications?

DELGAMUUKW C. COLOMBIE-BRITANNIQUE, 1010.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9